Münster 1975

Die Präklusion von Gestaltungsrechten im Rahmen des § 767 Abs. 2 ZPO

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität

vorgelegt von
Rechtsreferendar Uwe Biester
aus Nordleda

1975

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547204_0003

DIE PRÄKLUSION VON GESTALTUNGSRECHTEN IM RAHMEN DES § 767 ABS. 2 ZPO

INAUGURALDISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DES AKADEMISCHEN GRADES

EINES DOKTORS DER RECHTE

DURCH DEN FACHBEREICH RECHTSWISSENSCHAFT

DER WESTFÄLISCHEN WILHELMS - UNIVERSITÄT

vorgelegt von

Rechtsreferendar Uwe Biester

aus Nordleda

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Schlüter
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Brox
Dekan:	Prof. Dr. Kupisch

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Mai 1975

Meinen Eltern

und meiner Frau

Inhaltsübersicht

	Seite:
§ 1 Einführung in das Thema	1
A. Gegenstand der Untersuchung	1
B. Darstellung des Meinungsstandes	2
§ 2 Begründung der vertretenen Meinungen	4
A. Abstellen auf die Gestaltungslage nach objektiven Kriterien (Rechtsprechung)	4
I. Wortlaut	4
II. Geschichtliche Entwicklung der Vorschrift	4
III. Systematik des Gesetzes	6
IV. Sinn und Zweck der Vorschrift	6
V. Zusammenhang mit der Rechtskraft	7
1. Die zeitliche Grenze der Rechtskraft	7
2. Notwendigkeit eines objektiven Kriteriums	9
VI. Weitere Argumente für die Präklusion der Aufrechnung	1o
B. Abstellen auf die Gestaltungserklärung (Literatur)	1o
I. Widerspruch zum materiellen Recht	1o
1. Bedeutung der Gestaltungserklärung	11
2. Bedeutung der Fristen	11
II. Unbilligkeiten der Rechtsprechung	11
III. Wortlaut und Sinn und Zweck der Vorschrift	12
IV. Wahlmöglichkeit zwischen Berufung und Vollstreckungsgegenklage	13
V. Argumente für die Aufrechnung	14
C. Abstellen auf die Gestaltungslage nach subjektiven Kriterien	15
I. Verhältnis zur Rechtsprechung	15
II. Begründung der Abweichung	15

Seite:

§ 3 Stellungnahme 17
A. Folgen der Meinungen 17
I. Rechtsprechung 17
II. Literatur 19
B. Zwischenergebnis 21

§ 4 Ausgleich zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht 22
A. Ausgleich über § 812 Abs. 1 S. 1 BGB 22
B. Unwirksamkeit der materiellrechtlichen Gestaltungserklärung 23
C. Ausgleich über § 812 Abs. 1 S. 2 BGB 24
D. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 24
E. Abwägung öffentliches Interesse und Interesse des Gestaltungsgegners einerseits und Interesse des Gestaltungsberechtigten andererseits 25

§ 5 Eigene Lösung 28
A. Notwendigkeit einer Differenzierung 28
I. Als Folge der rechtlichen Verschiedenheit der Gestaltungsrechte 28
II. Unter besonderer Berücksichtigung einer möglichen Präklusion 29
B. Die Gestaltungsrechte im einzelnen 32
I. Aufrechnung, §§ 387 ff. BGB 32
1. Auslegung 32
a. Wortlaut 32
b. Systematische Stellung 33
c. Geschichtliche Entwicklung 36
aa. ipso iure compensatur 36
bb. Entwurf des BGB 38
2. Analogie 4o
a. Wertung des Gesetzgebers in § 529 Abs. 5 ZPO 41
b. Vergleich mit der zu lösenden Frage 42
aa. Rechtskraft 42

Seite:

(1) Verhältnis von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit zueinander 43
(2) Vorläufige Vollstreckbarkeit 44
(3) Streitgegenstand 45
(4) Zwischenergebnis 48
bb. Weitere Unterschiede 48
c. Ähnlichkeitsschluß 5o
3. Ergebnis 51
II. Irrtumsanfechtung 52
1. Auslegung 53
a. Wortlaut und systematische Stellung 53
b. Geschichtliche Entwicklung 54
aa. Regelung des Irrtums vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches 54
bb. Entwurf des BGB 57
2. Analogie 59
a. Wertung des Gesetzgebers in § 529 Abs. 1, 2 ZPO 59
b. Vergleich mit der zu lösenden Frage 6o
c. Ähnlichkeitsschluß 6o
3. Ergebnis 61
III. Anfechtung nach § 123 BGB 63
1. Auslegung 63
a. Wortlaut und systematische Stellung 64
b. Geschichtliche Entwicklung 64
aa. Regelung der arglistigen Täuschung vor Einführung des BGB 64
bb. Entwurf des BGB 67
2. Analogie 67

Seite:

IV. Wandlung, Minderung 69
1. Einbeziehung in die Untersuchung 69
a. Wandlung und Minderung als Gestaltungsrechte 69
aa. Vertragstheorie 69
bb. Modifizierte Vertragstheorie 69
cc. Herstellungstheorie 7o
dd. Gemischte Theorie 7o
ee. Stellungnahme 71
b. Vergleich zu den bereits untersuchten Gestaltungsrechten 71
2. Auslegung 74
a. Wortlaut und systematische Stellung 74
b. Geschichtliche Entwicklung 74
aa. Regelung der Gewährleistungsrechte vor Einführung des BGB 75
bb. Entwurf des BGB 76
cc. Weitere Entwicklung in Schrifttum und Rechtsprechung 76
3. Analogie 77
V. Außerordentliche Kündigung 79
1. Auslegung 8o
a. Wortlaut und systematische Stellung 8o
b. Geschichtliche Entwicklung 8o
aa. Regelung der außerordentlichen Kündigung vor Einführung des BGB 8o
bb. Entwurf des BGB 81
c. Sinn und Zweck der Regelung 82
aa. Lohnanspruch des Arbeitnehmers für die Vergangenheit 82
bb. Lohnanspruch des Arbeitnehmers für die Zukunft 84

Seite:

(1) Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage 84
(a) Kündigungserklärung als Streitgegenstand 84
(b) Bestehen des Arbeitsverhältnisses als Streitgegenstand 85
(c) Stellungnahme 86
(2) Umfang der Rechtskraft 86
2. Ergebnis 87
VI. Ordentliche Kündigung, einseitiges Leistungsbestimmungsrecht 87
1. Auslegung 88
2. Standpunkt der Rechtsprechung bei diesen Gestaltungsrechten 9o
a. Rechtskraft 9o
b. Sinn und Zweck des § 767 Abs. 2 ZPO 91

§ 6 Ergebnisse der Arbeit 92

Literaturverzeichnis

Soweit nichts anderes angegeben ist, werden die Werke in den Fußnoten der Arbeit nur mit dem Familiennamen des Verfassers zitiert. Aufsätze sind in der Arbeit nach dem Familiennamen des Verfassers und der Fundstelle zitiert.

Adomeit, Klaus	Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche, zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem, Berlin 1969
Asher, Georg	Die Compensation im Civilprocess des classischen römischen Rechts, Berlin 1863
Bangerow	Pandekten, Band III, Marburg und Leipzig 185o
Bartholomeyczik, Horst	Die Kunst der Gesetzesauslegung, Frankfurt 1971
Baumbach - Lauterbach	Kommentar zur ZPO, 33. Auflage, München - Berlin 1975
Bettermann, Karl August	Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform, eine prozessrechtliche Abhandlung, Detmold 1949
Blomeyer, Arwed	Zivilprozessrecht - Erkenntnisverfahren, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1963
Böttticher, Eduard	Die Wandlung als Gestaltungsakt, Heidelberg 1938 (zitiert: Wandlung)
derselbe	Anmerkung zum Urteil des BAG vom 12.4.1956, AP Nr. 11 zu § 626 BGB
derselbe	Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 18.1.1963, MDR 1963, 933 ff.
derselbe	Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Berlin 1964 (zitiert: Gestaltungsrecht)
derselbe	Streitgegenstand und Rechtskraft im Kündigungsschutzprozeß, Festschrift für *Wilhelm Herschel*, S. 181 ff., Stuttgart 1955 (zitiert: Kündigungsschutzprozeß)

derselbe (Bötticher)	Besprechung von Arved *Blomeyer*, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1963 in ZZP 77 (1964), 477 ff.
derselbe	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 2.5.1966, JZ 1966, 615 ff.
Bruns, Rudolf	Zwangsvollstreckungsrecht, Berlin - Frankfurt 1963
Cretschmar, Kornelius	Das Rheinische Civilrecht in seiner heutigen Geltung, Düsseldorf 1883
Dernburg, Heinrich	Pandekten, Band II, Obligationenrecht, 5. Auflage, Berlin 1897
Dreykluft, Klaus	Die Zulässigkeit von Gestaltungseinreden bei der Vollstreckungsgegenklage unter besonderer Berücksichtigung der zeitlichen Grenzen der Rechtskraft des Zivilurteils, Diss. Erlangen - Nürnberg 197o
Endemann, Friedrich	Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I, Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Berlin 1899
Engisch, Karl	Einführung in das juristische Denken, 5. Auflage, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1971
Enneccerus - Lehmann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, Band II, 15. Auflage, Tübingen 1958
Enneccerus - Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich,	Erste Lesung, Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission, Berlin und Leipzig 1888 (zitiert: Entwurf zum BGB)
Esser, Josef	Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 197o

Falkmann - Mugdan	Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 2. Auflage, Berlin 1914
Gaul, Hans Friedhelm	Materielle Rechtskraft, Vollstreckungsabwehr und zivilrechtliche Ausgleichsansprüche, JuS 1962, 1 ff.
Gaupp - Stein	Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 5. Auflage, Tübingen - Leipzig 1901
Gilles, Peter	Vollstreckungsgegenklage, sog. vollstreckbarer Anspruch und Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung im Zwielicht prozessualer und zivilistischer Prozeßbetrachtung, ZZP 83 (1970), 61 ff.
Goldberg, Alfred	Aufrechnung und Anfechtung als Einwendungen der Vollstreckungsgegenklage, Diss. Marburg 1933
Goldschmidt, James	Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, ein Beitrag zur Lehre von den Vollstreckungsgrundlagen, München 1910 (zitiert: Vollstreckungsbetrieb)
derselbe	Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Berlin 1932 (zitiert: Zivilprozeßrecht)
Grunsky, Wolfgang	Einführung in das Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, Tübingen 1972
Habscheid, Walther	Die Präklusionswirkung des rechtskräftigen Urteils, AcP 152 (1952/53), 169 ff.
Heinemann, Hans	Das Anwendungsgebiet der Vollstreckungsgegenklage, Diss. Gießen 1932
Hellwig, Konrad	Anspruch und Klagerecht, Jena 1900, (zitiert: Anspruch)
derselbe	System des deutschen Zivilprozeßrechts, Band I, Leipzig 1912 (zitiert: System I)

Hellwig - Oertmann	System des deutschen Zivilprozeßrechts, Band II, Leipzig 1919 (zitiert: System II)
Henckel, Wolfram	Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 197o
Hueck, A., Hueck, G.	Kündigungsschutzgesetz, 9. Auflage, München 1974
Kauppert, Erwin	Die Rechtsnatur der Aufrechnung im Prozeß, Diss. Erlangen - Nürnberg 1964
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin - Heidelberg - New York 1975 (zitiert: Methodenlehre)
derselbe	Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 1o. Auflage, München 197o (zitiert: Schuldrecht, Bd. I) Band II, Besonderer Teil, 1o. Auflage, München 1972 (zitiert: Schuldrecht, Bd. II)
Lent, Friedrich	Ausübung von Gestaltungsrechten nach einem Prozess, DR 1942, 868 ff.
Lent - Jauernig	Zivilprozeßrecht, 17. Auflage, München 1974 (zitiert: Zivilprozeßrecht)
dieselben	Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 12. Auflage, München 1972 (zitiert: Zwangsvollstreckungsrecht)
Leonhard, Franz	Das Schuldrecht des BGB, Band II, Besonderes Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1929/1931 (zitiert: Schuldrecht)
Leonhard, R.	Der allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft, Berlin 19oo (zitiert: Allgemeiner Theil)
Lüke, Gerhard	Die Bereicherungshaftung des Gläubigers bei der Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache, AcP 153 (1954), 533 ff.

Lukes, Rudolf — Die Vollstreckungsabwehrklage bei sittenwidrig erschlichenen und ausgenutzten Urteilen, ZZP 72 (1959), 99 ff.

Martin, Anton — Die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft des Zivilurteils, insbesondere der Gebrauch von Gestaltungsmöglichkeiten nach einem Prozess, Diss. München 1965

Mohrbutter, Jürgen — Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, Köln - Berlin - Bonn - München 1965

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, Allgemeiner Theil, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig 1888 (zitiert: Motive zum BGB)

Mugdan, R. — Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899

Niese, Werner — Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 195o

Nikisch, Arthur — Die Aufrechnung im Prozeß, Festschrift für Heinrich Lehmann, Berlin - Tübingen - Frankfurt 1956, Band II, S. 765 ff.

Oertmann, Paul — Bürgerliches Gesetzbuch, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil §§ 241 - 6o6, 3./4. Auflage, Berlin 191o (zitiert: BGB)

derselbe — Die Aufrechnung im Deutschen Zivilprozeßrecht, Berlin 1916 (zitiert: Aufrechnung)

Otto, Hansjörg — Die Präklusion, Berlin 197o

Pagenstecher — Anmerkung zum Urteil des RG vom 9.4.1934, JW 1934, 1969 ff.

Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, 34. Auflage, München 1975 (zitiert: Palandt - und mit dem jeweiligen Bearbeiter)
Planck - Siber	Kommentar zum BGB, 4. Auflage, Berlin 1914
Reichsgerichtsräte - Kommentar	zum BGB, 11. Auflage, Berlin und Leipzig 1959/6o (zitiert: RGRK)
Rosenberg, Leo	Anmerkung zum Urteil des RG vom 22.12.1934, ZZP 59, 229 f.
derselbe	Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9. Auflage, München und Berlin 196o
Rosenberg - Schwab	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 11. Auflage, München und Berlin 1974
Schaub, Günter	Arbeitsrecht - Handbuch, 2. Auflage, München 1974
Schlippenbach, Hans-Ulrich Freiherr von	Die Aufrechnung zur Begründung der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 Abs. 2 ZPO), Diss. Köln 1937
Schloßmann, Siegmund	Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Jena 19o3
Schönke - Baur	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 9. Auflage, Karlsruhe 1974
Schönke - Kuchinke	Lehrbuch zum Zivilprozessrecht (früher Schönke - Schröder - Niese), 9. Auflage, Karlsruhe 1969
Schuler	Anfechtung, Aufrechnung und Vollstreckungsgegenklage, NJW 1956, 1497 ff.
Schwab, Karl Heinz	Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, München und Berlin 1954
derselbe	Anmerkung zu einem Urteil des BGH vom 16.2.1961, ZZP 74, 3o1 f.
derselbe	Anmerkung zu einem Urteil des BGH vom 22.2.1962, ZZP 75, 256 f.

derselbe (Schwab)	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 2.5.1966, ZZP 79, 463 f.
Sintenis, Carl Friedrich	Das practische gemeine Civilrecht, Band I, die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht, Leipzig 1844
Soergel	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von *Soergel*, neu herausgegeben von *Siebert*, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz, Bd. I, Allgemeiner Teil, §§ 1 - 24o, 1o. Auflage 1967, Bd. II, Schuldrecht I, §§ 241-61o, 1o. Auflage 1967 (zitiert: Soergel - mit dem jeweiligen Bearbeiter)
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin, Bd. I, Allgemeiner Teil, §§ 1 - 24o, 11. Auflage 1957, Bd. II, Schuldverhältnisse Teil 1 b, § 242, 11. Auflage 1961, Bd. II, Schuldverhältnisse Teil 1 c, §§ 249 - 327, 1o./11. Auflage 1967 (zitiert: Staudinger - mit dem jeweiligen Bearbeiter)
Stein - Jonas - Pohle	Kommentar zur ZPO, bearbeitet von *Pohle*, *Grunsky*, *Leipold*, *Münzberg*, *Schlosser* und *Schumann*, 19. Auflage, Tübingen 1964 ff.
Thomas - Putzo	Zivilprozeßordnung, 8. Auflage, München 1975
Weber, Friedrich	Zur Methodik des Prozeßrechts, Studium Generale 196o
Wein, Gunter	Wann sind im Falle des § 767 Abs. 2 ZPO die Gründe einer Einwendung entstanden, mit der sich der Schuldner auf die von ihm selbst durch Ausübung eines Gestaltungsrechts geschaffene Rechtslage beruft?, Diss. Bochum 1971
Wieczorek, Bernhard	Großkommentar der Praxis zur Zivilprozeßordnung, 2. Auflage, Berlin 1966

Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 7. Auflage, Frankfurt 1891, Band II, 9. Auflage, Frankfurt 1906
Zeuner, Albrecht	Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen 1959
derselbe	Anmerkung zu einem Urteil des BGH vom 30.5.1960 in ZZP 74, 190 ff.
Zitelmann, Ernst	Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879
Zöller	Kommentar zur ZPO, 11. Auflage, München 1974 (zitiert: Zöller - und mit dem jeweiligen Bearbeiter)

Abkürzungsverzeichnis

Soweit die Abkürzungen nicht besonders aufgeführt sind, entsprechen sie den Vorschlägen von Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Auflage, Berlin 1968.

AcP	Archiv für civilistische Praxis (Band, Seite)
a.F.	alter Fassung
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 2o.1.1934 (Arbeitsordnungsgesetz)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, zugleich Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
Art.	Artikel
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band, Seite)
BB	Der Betriebsberater (Jahr, Seite)
BSG	Bundessozialgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Band, Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr, Seite)
FN	Fußnote
i.d.F.	in der Fassung
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz vom 25.8.1969
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)

OLGRspr.	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Band, Seite)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (Jahr, Seite)
RGRK	Reichsgerichtsräte - Kommentar
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band, Nummer)
VersR	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung (Jahr, Seite)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Band, Seite)

§ 1 EINFÜHRUNG IN DAS THEMA

A. GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen der verurteilte Schuldner bei der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO [1] mit Einwendungen ausgeschlossen ist, die durch Ausübung von Gestaltungsrechten nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens entstanden sind.

Dabei wird von der Sachlage ausgegangen, daß die objektiven Voraussetzungen des Gestaltungsrechtes zu diesem Zeitpunkt bereits vorlagen, der Beklagte das Gestaltungsrecht aber gleichwohl erst später ausübte, sei es, weil er die objektiven Voraussetzungen überhaupt nicht kannte, sei es, weil er das Gestaltungsrecht zu diesem Zeitpunkt nicht ausüben wollte.

§ 767 Abs. 2 ZPO bestimmt, daß Einwendungen zur Begründung der Vollstreckungsgegenklage "nur insoweit zulässig (sind), als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung ... entstanden sind ...". Die Frage ist also, ob man zu den Gründen der Einwendung auch die Gestaltungserklärung des Schuldners zu zählen hat oder nicht. Zählt man sie zu den Gründen, so ist die Einwendung noch zulässig, andernfalls ist der Schuldner mit der Einwendung präkludiert.

Das Problem ist trotz ständiger einheitlicher Rechtsprechung der obersten Gerichte [2] noch heftig umstritten. Das liegt teilweise daran, daß in begriffsjuristischer Weise eine allgemeingültige Antwort für alle Gestaltungsrechte gegeben wird, obwohl der Untersuchung

---

1) auch Vollstreckungsabwehrklage genannt.
2) Siehe etwa aus letzter Zeit BGHZ 42, 37 ff. (39) = NJW 1964, 1797 f.; OLG Celle in OLGZ 197o, 357 ff. (359).

lediglich bestimmte Gestaltungsrechte zugrunde gelegt wurden. Außerdem wird die Frage häufig mit der der zeitlichen Grenze der Rechtskraft des Leistungsurteils verknüpft [3], wodurch eine materiellrechtliche Wertung der Interessen der Beteiligten zu kurz kommt.

B. DARSTELLUNG DES MEINUNGSSTANDES

Ein Überblick über den derzeitigen Meinungsstand ergibt folgendes:
Die Rechtsprechung hat, abgesehen von wenigen Ausnahmen[4], die Gestaltungserklärung nicht zu den Gründen der Einwendung gezählt [5]. Für sie ist nur der Zeitpunkt entscheidend, zu dem der Schuldner das Gestaltungsrecht ausüben konnte. Dabei versteht die Rechtsprechung das Können rein objektiv, d.h., sie unterscheidet nicht, ob der Schuldner das Vorliegen der Voraussetzungen einer Gestaltung kannte oder nicht [6].

Diese Meinung wurde zunächst von einem Großteil der Literatur - insbesondere des Prozeßrechts [7]-geteilt. Dagegen wandten sich die Vertreter des materiellen Rechts schon frühzeitig gegen sie [8]. Sie betonten, daß die Ge-

---

3) Insbesondere *Martin*, S. 57 f.
4) OLG Stuttgart in NJW 1955, 1562 f. in dem Fall einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB; OLG Dresden in OLGRspr. 16, 292 f. für den Fall des Rücktritts vom Vertrag wegen einer vom Gegner zu vertretenden Unmöglichkeit. Beide verlangen zusätzlich Kenntnis des Schuldners. Gegen einen Ausschluß schlechthin OLG Karlsruhe in OLGRspr. 14, 162.
5) Für die Aufrechnung RG in JW 1902, 531 f.; RGZ 64, 228 ff.; BGHZ 24, 97 ff. (98); OLG Naumburg in JW 1936, 1863 f.; RAGE 13, 456 ff.; BAG in NJW 1956, 1007; BVerwGE 16, 36 ff.; BGHZ 42, 37 ff. für § 123 BGB.
6) Wenn das RG in RGZ 84, 286 ff. (292) auf die Kenntnis abstellte, dann nur deshalb, weil es sich um einen Fall des § 407 Abs. 1 BGB handelte, bei dem die Kenntnis zum Tatbestand gehört.
7) *Falkmann - Mugdan*, S. 393 ff.; *Goldschmidt*, Zivilprozeßrecht, S. 336; *Hellwig*, System I, S. 199, FN 43.
8) *Planck - Siber*, § 389 Anm. 4; *Endemann*, S. 840, FN 3.

staltungswirkung erst mit Zugang der entsprechenden Willenserklärung eintrete und die Einwendung also erst damit entstanden sei.

Durch einen im Jahre 1942 von *Lent* veröffentlichten Aufsatz [9] schlossen sich dieser Meinung auch immer mehr Prozeßrechtler an, so daß sie inzwischen als die herrschende Meinung in der Literatur bezeichnet werden kann [10].

Neben diesen Hauptmeinungen wird teilweise darauf abgestellt, ob der Schuldner das Vorliegen der Voraussetzungen für die Gestaltung kannte oder nicht [11]. Im ersteren Fall soll er mit der Einwendung präkludiert sein, im zweiten Fall soll sie zur Begründung der Vollstreckungsgegenklage zulässig sein.

Schließlich wurde von *Bötticher* [12] angeregt, zu prüfen, ob nicht, zumindest für das Gestaltungsrecht der Aufrechnung, § 529 Abs. 5 ZPO analog anwendbar sei. Dieser Gedanke hat bei *Lent - Jauernig* [13] und *Stein - Jonas - Pohle* [14] Zustimmung gefunden [15]. Trotzdem ist noch nicht untersucht worden, ob der Weg für eine Analogie frei ist und, falls diese Frage zu bejahen ist, ob dann § 529 Abs. 5 ZPO den Interessen der Beteiligten auch im Vollstreckungsverfahren gerecht werden kann.

---

9) *Lent* in DR 1942, 868 ff.
10) aus dem Prozeßrecht: *Schönke - Baur*, S. 195; *Schwab*, S. 163; *Wieczorek*, § 767 Anm. D III b 1; *Bruns*, S. 60; *Thomas - Putzo*, § 767 Anm. 6 c; aus dem materiellen Recht: *Staudinger - Werner*, § 389 Anm. II 3 b; anders noch *Zöller - Scherübl*, § 767 Anm. 2; *Baumbach - Lauterbach*, § 767 Anm. 4 B.
11) *Stein - Jonas - Pohle*, 18./19. Auflage, § 767 Anm. II 2 c; *Esser*, S. 172.
12) *Bötticher*, MDR 1963, 935; nochmals ZZP 77, 483 f. und JZ 1966, 616 f.
13) *Lent - Jauernig*, Zwangsvollstreckungsrecht, S. 38.
14) *Stein - Jonas - Pohle*, 19. Auflage, § 767 Anm. II 2 c.
15) *Blomeyer*, S. 469 folgert aus § 529 Abs. 5 ZPO, daß der Einwand der Aufrechnung erst recht ausgeschlossen werden müsse, wenn sie im Prozeß überhaupt nicht vorgebracht wurde.

§ 2 BEGRÜNDUNG DER VERTRETENEN MEINUNGEN

A. ABSTELLEN AUF DIE GESTALTUNGSLAGE NACH OBJEKTIVEN KRITERIEN (RECHTSPRECHUNG)

I. WORTLAUT

Die Rechtsprechung zieht zur Begründung ihrer Ansicht, daß bezüglich der Zulässigkeit der Einwendung auf die Gestaltungslage abzustellen ist, zunächst den Wortlaut des § 767 Abs. 2 ZPO heran. Der § 767 Abs. 2 ZPO spreche, im Gegensatz zu Absatz 1, nicht von den Einwendungen, sondern von den Gründen der Einwendung. Zwischen der Einwendung und dem Grund der Einwendung habe der Gesetzgeber also unterscheiden wollen. Daher solle der Grund der Einwendung in dem Zeitpunkt vorhanden sein, in dem die Gestaltungslage eintrete, d.h., die Voraussetzungen zur Abgabe der Gestaltungserklärung vorlägen. Die Gestaltungserklärung sei dann die Einwendung selbst [1]. Entscheidend für Absatz 2 sei also nicht der Zeitpunkt des Entstehens der Einwendung, der sicherlich eine Gestaltungserklärung voraussetze, sondern der Zeitpunkt des Vorhandenseins des Grundes, auf dem die Einwendung beruhe. Dieser sei aber bereits vorhanden, wenn das Gestaltungsrecht verwendbar sei [2].

II. GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG DER VORSCHRIFT

Bereits *Goldberg* [3] hat darauf hingewiesen, daß für die Aufrechnung und die Anfechtung schon im römischen Recht und noch stärker im gemeinen Recht der Zeitpunkt der Gestaltungslage von entscheidender Bedeutung gewesen sei. Nach seiner Ansicht war im gemeinen Recht für die Aufrechnung allein der Zeitpunkt des Gegenübertretens der beiden Forderungen entscheidend, weil dieser Zustand bereits

---

1) So RGZ 64, 228 ff. (230).
2) *Hellwig - Oertmann*, System II, S. 196.
3) *Goldberg*, S. 27 ff. (Aufrechnung) und S. 67 ff. (Anfechtung).

eine suspensiv bedingte Tilgung erzeugte. Er meint weiter, daß das Bürgerliche Gesetzbuch an diesem Zustand letztlich nichts geändert habe [4], was sich auch aus den §§ 39o, 392, 398, 4o6 BGB, 54, 55 KO ergebe.

Da auch das Prozeßrecht des römischen und gemeinen Rechts auf die Aufrechenbarkeit abgestellt habe, indem die Aufrechnungseinrede gegenüber der actio judicati nur vorgebracht werden konnte, wenn die Gegenforderung erst später entstanden war oder der Klageanspruch erst später compensabel wurde, müsse die Gestaltungslage auch für § 767 Abs. 2 ZPO entscheidend sein.

Etwas anders begründet *Kauppert* [5] das Erfordernis der Präklusion aus der geschichtlichen Entwicklung. Er weist darauf hin, daß der heutige § 767 Abs. 2 ZPO wörtlich mit dem § 686 ZPO i.d.F. von 1877 übereinstimmt. Damals herrschte aber die Theorie der gerichtlichen Kompensation. Diese Ansicht zur Kompensation ging davon aus, daß die Wirkung der Aufrechnung nicht durch eine Erklärung des Aufrechnungsberechtigten herbeigeführt wurde, sondern allein durch den Richter. Der Erklärung kam damals also keinerlei Bedeutung zu. 1898 dagegen, als § 686 i.d.F. von 1877 wörtlich in § 767 Abs. 2 ZPO übernommen wurde, galt bereits die Erklärungstheorie, die davon ausging, daß die Wirkung der Aufrechnung durch die Erklärung des Aufrechnungsberechtigten herbeigeführt wurde. Es sei also damals bereits allein die Erklärung für die materiellrechtliche Wirkung entscheidend gewesen. Wenn der Gesetzgeber gleichwohl § 686 ZPO a.F. wörtlich übernommen habe, so sei daraus zu schließen, daß für die Vollstreckungsgegenklage die Erklärung trotzdem keine Bedeutung haben sollte, sondern weiter auf die Aufrechnungslage abzustellen sei.

---

4) So auch RG in JW 19o2, 531.
5) *Kauppert*, S. 93 f.

III. SYSTEMATIK DES GESETZES

Die Rechtsprechung geht weiter davon aus, daß auch die Stellung der Vorschrift im System des Gesetzes für ihre Rechtsauffassung spreche. Die Zivilprozeßordnung unterscheide zwischen dem Erkenntnisverfahren, das das Ziel habe, durch Urteil einen Anspruch festzustellen und in einen erzwingbaren Leistungsanspruch zu verwandeln, und dem Vollstreckungsverfahren, durch das der zugesprochene Anspruch erzwungen werde. Grundsätzlich seien aber alle Verteidigungsmittel des Beklagten, die das materielle Recht beträfen, von dem Beklagten in dem ordentlichen Entscheidungsverfahren (§§ 278, 529 ZPO) vorzubringen. Das Vollstreckungsverfahren fuße zwar auf der richterlichen Entscheidung, der Vollstreckungstitel sei aber ansonsten hinsichtlich seiner materiellen Grundlage einer Prüfung entzogen. Daraus müsse gefolgert werden, daß die Gestaltungsrechte, die sich gegen die materielle Grundlage des Vollstreckungstitels richten, grundsätzlich in dem dafür vorgesehenen Erkenntnisverfahren vorgebracht werden müßten, soweit dies möglich sei [6].

IV. SINN UND ZWECK DER VORSCHRIFT

Diese Auffassung, daß Gestaltungsrechte im Erkenntnisverfahren vorgebracht werden müßten, und damit bei der Vollstreckungsgegenklage zu präkludieren seien, werde auch durch den Sinn und Zweck des § 767 Abs. 2 ZPO gefordert. Dieser bestehe nämlich darin, einer Verschleppung der Zwangsvollstreckung durch den Schuldner entgegenzuwirken [7]. Der Vollstreckungsschuldner dürfe "nicht mehr berechtigt sein, den Arm der Vollstreckung mit willkürlich hinausgezogenen Verteidigungsmitteln festzuhalten" [8]. Der Schuldner habe bereits im Erkenntnisverfahren von der Einwendung Gebrauch machen können. Es sei aber ungesunder Formalismus,

---

6) *Schlippenbach*, S. 34 f.
7) RG in JW 1902, 531 f.
8) *Hellwig - Oertmann*, System II, S. 197.

wenn man dem Schuldner im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage die Geltendmachung der Gegenforderung gestatte, die er früher nur deshalb nicht geltend gemacht hatte, weil er sie nicht geltend machen wollte [9]. Indem somit aus Sinn und Zweck der Vorschrift eine Präklusion anzunehmen sei, entspreche man damit zugleich den Grundsätzen der Beschleunigung und Konzentration des Verfahrens [10].

V. ZUSAMMENHANG MIT DER RECHTSKRAFT

Die Rechtsprechung betont weiter, daß das Abstellen auf die Gestaltungslage eine notwendige Folge der Rechtskraft des Urteils sei.

1. DIE ZEITLICHE GRENZE DER RECHTSKRAFT

Es ist anerkannt, daß sich der Beklagte auf neue Tatsachenbehauptungen sowie Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht mehr mit dem Ziel, das rechtskräftige Urteil zu beseitigen, berufen kann, wenn diese Tatsachen schon im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergangen ist, bestanden haben [11]. Auf neue Tatsachen kann sich die Partei des Prozesses dagegen unbeschränkt berufen [12]. Dies ist als sogenannte zeitliche Grenze der Rechtskraft bekannt, die neben die objektive Grenze (derselbe Streitgegenstand) und die subjektive Grenze (dieselben Parteien) treten soll.

Diese Präklusionswirkung der materiellen Rechtskraft [13]

---

9) *Gaupp - Stein*, § 767 Anm. III b.
10) OLG Naumburg, in JW 1936, 1863.
11) Eine Ausnahme sind die Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens, §§ 578 ff. ZPO.
12) Das gilt nach dem BGH auch dann, wenn die Tatsache vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung hätte existent gemacht werden können, siehe ZZP 75, 253 ff. mit einer Anmerkung von *Schwab*.
13) Nach *Habscheid*, AcP 152, 169 ff. ist die Präklusion immer eine von der Rechtskraft unabhängige Wirkung des Urteils.

deckt sich weitgehend mit der Präklusion des § 767 Abs. 2 ZPO [14]. Auch diese Vorschrift bewirkt, daß der Schuldner unstreitig mit den Einwendungen ausgeschlossen ist, die vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung bestanden haben. So kann er die Einwendungen der Erfüllung, Aufrechnung, Anfechtung usw. nicht mehr geltend machen, wenn die Zahlung, Aufrechnung oder Anfechtung schon vor diesem Zeitpunkt erfolgten bzw. erklärt wurden.

Sowohl bei der Frage der Beseitigung eines rechtskräftigen Urteils als auch bei der Frage der Zulässigkeit von Einwendungen im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage ist aber fraglich, wie die Gestaltungsrechte einzuordnen sind, ob es sich also um alte Tatsachen handelt, weil die Gestaltungslage bereits vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung bestand, oder ob es neue Tatsachen sind, weil die Gestaltungserklärung erst später erfolgte.

Die Rechtsprechung und die ihr folgende Literatur unterscheiden beide Fragen nicht [15]. Sie gehen davon aus, daß ein Abstellen auf die Gestaltungserklärung in beiden Fällen die Rechtskraft des Leistungsurteils entwerten würde. Der Kläger könne sich auf den Bestand seines rechtskräftigen Urteils nicht mehr ausreichend verlassen, denn dieses stehe immer unter dem Vorbehalt, daß der Beklagte nicht doch noch ein Gestaltungsrecht ausübe, dessen tatbestandliche Voraussetzungen - mit Ausnahme der Erklärung - bereits vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vorlagen. Damit könne das Urteil seine Funktion, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit zu schaffen, wegen der Einschränkung des Instrumentes der Rechtskraft nicht mehr erfüllen.

---

14) RGZ 144, 22o ff. (222) = JW 1934, 1971 meint sogar, daß diese Rechtskraftpräklusion aus § 767 ZPO entnommen werden müßte.

15) Siehe auch *Schönke - Kuchinke*, S. 362, die dort den Fall der Urteilsbeseitigung prüfen und nur Literatur zu § 767 Abs. 2 ZPO angeben.

2. NOTWENDIGKEIT EINES OBJEKTIVEN KRITERIUMS

Dieser Zusammenhang mit der Rechtskraft erfordere es auch, auf die Gestaltungslage unabhängig davon abzustellen, ob der Vollstreckungsschuldner sie kannte oder nicht [16]. Die Grenze der Rechtskraft nach subjektiven Momenten zu bestimmen, sei völlig unpraktikabel. Vielmehr müsse sich die Grenze aus objektiven Momenten ergeben, da sonst keine Rechtssicherheit eintreten könne [17]. Kein Gläubiger könne sich sonst auf den Bestand seines Urteils verlassen, weil er immer damit rechnen müsse, daß der Beklagte nachträglich mit Einwendungen kommt, von denen er behauptet, sie seien ihm im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht bekannt gewesen.

Ein Abstellen auf die Kenntnis des Schuldners könne auch dadurch nicht gerechtfertigt werden, daß nur so Unbilligkeiten für ihn vermieden würden. Zunächst sei schon zweifelhaft, ob Unbilligkeiten wirklich entstünden, denn es habe grundsätzlich jede Partei das Risiko hinsichtlich der erschöpfenden Wahrnehmung aller Angriffs- und Verteidigungsmittel zu tragen [18]. Das OLG Naumburg [19] meint, für Billigkeitserwägungen sei bei Verfahrensvorschriften wie § 767 Abs. 2 ZPO kein Raum. Mögliche Härten habe der Gesetzgeber bewußt in Kauf genommen, um die Rechtskraft des Titels weitestgehend zu schützen [2o]. Für dennoch verbleibende Grenzfälle stehe § 826 BGB zur Verfügung.

---

16) *Pagenstecher*, JW 1934, 1969 ff. (1971); BGHZ 34, 279; *Lent*, DR 1942, 87o; *Schönke - Kuchinke*, S. 362.
17) OLG Naumburg in JW 1936, 1863.
18) *Schönke - Kuchinke*, a.a.O. (FN 16).
19) OLG Naumburg, a.a.O. (FN 17).
2o) BGHZ 34, 28o. Das RG rechtfertigt sein Ergebnis in RGZ 1oo, 98 ff. (1o1) mit dem Satz: "Fälle, wo eine wesentliche Tatsache mit oder ohne Verschulden der Partei unberücksichtigt bleibt und somit möglicherweise materielles Unrecht entsteht, werden immer vorkommen."

VI. WEITERE ARGUMENTE FÜR DIE PRÄKLUSION DER AUFRECHNUNG

Für die Aufrechnung wird von der Meinung, die eine Präklusion annimmt, darauf hingewiesen, daß ihre Ergebnisse auch mit dem materiellen Recht im Einklang stünden. Das Aufrechnungsrecht gewähre lediglich eine auf praktischen Bedürfnissen beruhende und von der materiellen Gerechtigkeit nicht unbedingt geforderte Befriedigungsmöglichkeit[21]. Dem Schuldner werde nur eine Befriedigungsmöglichkeit genommen. Die Gegenforderung, mit der er aufrechnen wolle, bleibe bestehen und sei mit einer neuen selbständigen Klage durchsetzbar [22], weil wegen der Nichtberücksichtigung der Aufrechnung im Prozeß auch die materiellrechtliche Aufrechnungserklärung als wirkungslos angesehen werden muß [23]. Der Zwang, die Aufrechnung bereits im Erkenntnisverfahren geltend zu machen, sei außerdem nicht zu überschätzen, da der Beklagte durch die Möglichkeit der Eventualaufrechnung hinreichend geschützt sei [24].

B. ABSTELLEN AUF DIE GESTALTUNGSERKLÄRUNG (LITERATUR)

I. WIDERSPRUCH ZUM MATERIELLEN RECHT

Die Literatur, die den Schuldner mit seinem Gestaltungsrecht nicht präkludieren will, sondern auf die Erklärung abstellt, betont, daß die Rechtsauffassung der Rechtsprechung mit dem materiellen Recht nicht in Einklang zu bringen sei.

---

21) *Wein*, S. 125.
22) BGHZ 34, 28o = ZZP 74, 298 ff. mit Anmerkung von *Schwab*.
23) So BGHZ 16, 124 ff. (14o); *Thomas - Putzo*, § 145 Anm. II 4.
24) *Kauppert*, S. 94.

1. BEDEUTUNG DER GESTALTUNGSERKLÄRUNG

Allen Gestaltungsrechten sei gemeinsam, daß ihre materiellrechtliche Wirkung erst mit dem Zugang der Gestaltungserklärung eintrete [25]. Erst durch die Ausübung des Gestaltungsrechtes trete die Vernichtung des Rechtes ein; vorher versage das Bürgerliche Gesetzbuch dem Inhaber eines Gestaltungsrechtes sogar jede Einrede, die er auf das bloße Recht zur Ausübung stützen wolle. Diese materiellrechtliche Wirkung müsse aber auch bei der Vollstreckungsgegenklage berücksichtigt werden, so daß nur auf die allein entscheidende Erklärung abgestellt werden könne [26].

2. BEDEUTUNG DER FRISTEN

Die Literatur betont weiter, daß nur ein Abstellen auf die Erklärung der Bedeutung der Fristen des materiellen Rechts gerecht werde. Nach materiellem Recht könne der Berechtigte das Gestaltungsrecht entweder unbefristet (Aufrechnung) oder zumindest innerhalb einer bestimmten Frist (Anfechtung) [27] ausüben. Allein die Tatsache, daß ein Prozeß anhängig sei, dürfe nicht dazu führen, daß diese Fristen zuungunsten des Berechtigten verkürzt würden [28].

II. UNBILLIGKEITEN DER RECHTSPRECHUNG

Neben dieser Fristverkürzung führe die Ansicht der Rechtsprechung zu weiteren nicht zu rechtfertigenden Unbilligkeiten. So müßte die Rechtsprechung den Vollstreckungs-

---

25) *Lent*, DR 1942, 868 ff. (869).
26) A.A. *Dreykluft*, S. 43. Er verkennt zwar nicht, daß der Vollzugsakt mehr hat als bloße deklaratorische Wirkung, weist aber andererseits darauf hin, daß dem Vollzugsakt nur eine Rechtsrealisierungsfunktion zukomme, so daß er unter dem Gesichtspunkt der Bedeutung des Vollzugsaktes nicht zu einer Lösung kommen kann.
27) Siehe §§ 121, 124 BGB.
28) *Grunsky*, S. 87; *Blomeyer*, S. 47o; BGHZ 42, 37 ff. (41 f.) hält den Hinweis auf die Fristen nicht für stichhaltig. Wenn der Schuldner mit Einwendungen, für die keine Fristen bestehen, präkludiert werde, dann sei nicht einzusehen, warum er bei befristeten Einwendungen nicht präkludiert werden solle.

schuldner auch dann mit einer Anfechtung nach § 123 BGB präkludieren, wenn die Drohung im Sinne dieser Vorschrift im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch andauerte, weil die Gestaltungslage dann zu diesem Zeitpunkt bereits objektiv vorlag und damit nur noch die Erklärung erforderlich war. Gerade bei der Anfechtung nach § 123 BGB komme hinzu, daß der Anfechtungsgrund in einem schuldhaften Verhalten des Vertragspartners liegt, so daß es nicht zu billigen sei, wenn er durch eine Präklusion dieses Anfechtungsrechtes begünstigt werde [29].

Unbilligkeiten träten auch bei einer Präklusion des Aufrechnungsrechtes ein, obwohl die Forderung selbständig einklagbar ist. So kann die Schuld höher verzinslich sein als die Forderung. Durch den Wegfall des rückwirkenden Erlöschens der Schuld, der bei einer Aufrechnung eingetreten wäre, können Verzugsfolgen entstehen. Schließlich hat der Vollstreckungsschuldner im Konkurs des Gläubigers die Möglichkeit, sich durch Aufrechnung voll zu befriedigen, während ihm im Falle einer Präklusion des Aufrechnungsrechtes nur eine Konkursquote verbliebe [30].

III. WORTLAUT UND SINN UND ZWECK DER VORSCHRIFT

Diese Unbilligkeiten sind nach Ansicht der Literatur auch nicht mit dem Wortlaut des § 767 Abs. 2 ZPO oder dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift zu rechtfertigen.

Mit dem Wortlaut des § 767 Abs. 2 ZPO sei auch ein Abstellen auf die Gestaltungserklärung vereinbar. Die Rechtsprechung gehe bei ihrer wörtlichen Auslegung nämlich davon aus, daß die Einwendung in der Behauptung der vollzogenen Gestaltung bestehe und daher der Grund der Einwendung nur die Gestaltungslage sein könne. Mit dem Wortlaut sei es aber auch vereinbar, als Gegenstand der Einwendung die Behauptung

---

29) *Schuler*, NJW 1956, 1497 ff. (1498).
30) *Schuler*, a.a.O.

zu sehen, die Forderung des Vollstreckungsgläubigers sei erloschen. In diesem Fall wäre der Grund der Einwendung die vollzogene Gestaltung, nicht aber schon allein die Gestaltungslage [31].

Auch der Sinn und Zweck des § 767 Abs. 2 ZPO erfordere nicht zwingend eine Präklusion. Zunächst sei zu berücksichtigen, daß § 767 ZPO auch den Schutz des Vollstreckungsschuldners bezwecke [32]. Der Zweck, ungerechtfertigte Verzögerungen der Zwangsvollstreckung zu verhindern, könne auch dadurch erreicht werden, daß das Gericht von der Möglichkeit der einstweiligen Anordnung nach § 769 ZPO vorsichtiger Gebrauch mache [33]. Damit würde den Interessen des Gläubigers Rechnung getragen, indem die Vollstreckung nicht wegen offensichtlich unbegründeter Gestaltungsrechte einstweilig eingestellt wird.

IV. WAHLMÖGLICHKEIT ZWISCHEN BERUFUNG UND VOLLSTRECKUNGSGEGENKLAGE

Für ein Abstellen auf die Gestaltungserklärung könnte auch sprechen, daß nur so dem Schuldner die Wahlmöglichkeit zwischen Berufung und Vollstreckungsgegenklage erhalten bleibt.

§ 635 des Entwurfs einer ZPO hatte noch verlangt, daß die Einwendung weder durch Einspruch noch durch Berufung geltend gemacht werden könnte. Die Abgeordneten Grimm und Bähr bewirkten jedoch, daß die Worte "oder Berufung" gestrichen wurden. Damit wollten sie sicherstellen, daß der Schuldner nicht auf den teueren und umständlicheren Weg der Berufung angewiesen wäre, um ein Novum anbringen zu können, das mit weniger Umständen auch das Gericht erster

---

31) *Nikisch*, Festschrift Lehmann, S. 787.
32) So auch OLG Dresden in OLGRspr. 16, 292 f. (293).
33) *Lukes*, ZZP 72, 185; *Schuler*, NJW 1956, 1497 ff. (1501).

Instanz noch berücksichtigen kann [34]. Damit ließ der Gesetzgeber der ZPO dem Schuldner ausdrücklich die Möglichkeit, die Einwendung durch Vollstreckungsgegenklage oder Berufung geltend zu machen.

Diese Wahlmöglichkeit beseitigt aber die Rechtsprechung, wenn sie den Schuldner mit der Einwendung einer vollzogenen Gestaltung präkludiert, indem sie auf die Gestaltungslage abstellt. Will der Schuldner mit einer derartigen Einwendung Erfolg haben, so zwingt ihn die Rechtsprechung, Berufung einzulegen. Nur dann hat er die Möglichkeit, mit der Einwendung gemäß § 529 ZPO noch gehört zu werden, während dieselbe Einwendung im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage automatisch präkludiert ist. Die vom Gesetzgeber vorgesehene Wahlmöglichkeit bleibt aber erhalten, wenn man bei der Vollstreckungsgegenklage bezüglich der Präklusion auf den Zeitpunkt der Gestaltungserklärung abstellt.

V. ARGUMENTE FÜR DIE AUFRECHNUNG

Speziell für die Aufrechnung weist *Schwab* [35] darauf hin, daß die vollzogene Aufrechnung einer der Gründe des Erlöschens einer Forderung durch Befriedigung und folglich mit der Erfüllung vergleichbar ist.

Bei der Erfüllung sei die entsprechende Einwendung aber nicht präkludiert, obwohl man auch bei ihr auf den Zeitpunkt abstellen könnte, zu dem hätte erfüllt werden können.

Schließlich könne die durch die Rechtsprechung eintretende Ungleichbehandlung zwischen Gläubiger und Schuldner nicht befriedigen. Der Schuldner sei mit der Aufrechnung präkludiert, dagegen könne der Gläubiger noch jederzeit die Aufrechnung erklären [36], obwohl auch in diesem Fall die beiden Forderungen rückwirkend erlöschen.

---

34) Siehe dazu *Falkmann - Mugdan*, S. 395.
35) *Schwab*, ZZP 79, 463 f.
36) *Schultz*, JW 1930, 564 f.

C. ABSTELLEN AUF DIE GESTALTUNGSLAGE NACH SUBJEKTIVEN KRITERIEN

I. VERHÄLTNIS ZUR RECHTSPRECHUNG

Die subjektive Theorie will erkennbar die Unbilligkeiten der Ansicht der Rechtsprechung vermeiden, die dadurch entstehen, daß der Schuldner auch dann mit einem Gestaltungsrecht präkludiert wird, wenn er das Vorliegen der Voraussetzungen nicht kannte, z.B. also noch nichts von der arglistigen Täuschung wußte. Sie steht also grundsätzlich auf dem Boden der Rechtsprechung, indem sie wie diese davon ausgeht, daß auf die Gestaltungslage abzustellen ist. Von dem grundsätzlichen Abstellen auf die Gestaltungslage will die subjektive Theorie aber dann eine Ausnahme machen, wenn der Schuldner das Vorliegen der Voraussetzungen eines Gestaltungsrechtes nicht kannte.

II. BEGRÜNDUNG DER ABWEICHUNG

Dabei greift sie das Argument der Rechtsprechung auf, daß auf die Gestaltungslage abzustellen sei, damit der Schuldner nicht die Vollstreckung willkürlich verzögern könne. Von einem willkürlichen Verzögern könne aber immer nur dann gesprochen werden, wenn der Schuldner die Gestaltungslage während des Prozesses gekannt hätte. Also könne nur seine subjektive Kenntnis für eine Präklusion ausschlaggebend sein [37].

Diese Ansicht stehe auch durchaus mit dem Wortlaut des § 767 Abs. 2 ZPO in Einklang. Da das Vorliegen des Gestaltungsgrundes nicht genüge, sondern nur die Voraussetzung für die Abgabe einer Willenserklärung darstelle, könne man die Kenntnis des Gestaltungsgrundes, die die Ab-

37) OLG Stuttgart in NJW 1955, 1562.

gabe der Erklärung erst ermögliche, durchaus zu den Gründen rechnen, auf denen die Einwendung beruht. Wenn § 767 Abs. 2 ZPO also von den Gründen der Einwendung spreche, meine er damit unter anderem die Kenntnis des Schuldners[38].

38) *Schuler*, NJW 1956, 1497 ff. (1500) für die Aufrechnung.

§ 3 STELLUNGNAHME

Die obige Darstellung zeigt, daß es im wesentlichen nur zwei Meinungen sind, die sich gegenüberstehen. Die Meinung der Rechtsprechung, die eine Präklusion annimmt und dies fast ausschließlich mit prozeßrechtlichen Argumenten begründet und die Meinung der Literatur, die ebenso einseitig ihre wesentlichen Begründungen aus dem materiellen Recht herleitet.

A. FOLGEN DER MEINUNGEN

Eine Folge dieser unterschiedlichen Standpunkte ist es, daß jede der beiden Meinungen zu Konsequenzen führt, die entweder nur unter dem Gesichtspunkt des Prozesses oder nur unter dem Gesichtspunkt des materiellen Rechts überzeugen.

I. RECHTSPRECHUNG

So wurde schon darauf hingewiesen, daß die Auffassung der Rechtsprechung, es sei auf die Gestaltungslage abzustellen, in klarem Widerspruch zum materiellen Recht steht. Das materielle Recht knüpft die Gestaltungswirkung ausschließlich an den Zugang der Gestaltungserklärung. Diese kann nach materiellem Recht entweder unbefristet (Aufrechnung, ordentliche Kündigung) oder innerhalb bestehender Fristen (Anfechtung, Wandlung, Minderung, außerordentliche Kündigung), die aber meist erst mit Kenntnis des Gestaltungsberechtigten von seinem Gestaltungsrecht zu laufen beginnen, ausgeübt werden.

Das soll nach Ansicht der Rechtsprechung aber anders sein, sobald ein Prozeß anhängig ist. In diesem Fall muß der Beklagte das Gestaltungsrecht ungeachtet bestehender Fristen vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens ausüben, um mit ihm nicht präkludiert zu werden. Das gilt nach der Rechtsprechung selbst dann, wenn der Gestaltungsberechtigte von dem Gestaltungsrecht noch

keine Kenntnis hatte und damit bestehende Fristen noch nicht zu laufen begannen.

Dieser Verlust der materiellen Rechtsposition trifft den Schuldner besonders hart in den Fällen, in denen er sein materielles Recht auch nicht in einem neuen Verfahren geltend machen kann. So kann er seine Gegenforderung bei der Präklusion einer Aufrechnung selbständig einklagen. Ein Anfechtungsrecht oder Wandlungsrecht aber muß er nach Ansicht der Rechtsprechung völlig verlieren. Die Annahme einer Präklusion führt in diesen Fällen also zu einem völligen Rechtsverlust und damit zu den Rechtsfolgen, die auch im Falle einer Verwirkung nach § 242 BGB entstehen. Dem Vollstreckungsschuldner wird zum Vorwurf gemacht, daß er sein Recht nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt, nämlich vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens, geltend gemacht hat.

Das muß aber Bedenken hervorrufen, weil die Voraussetzungen einer Verwirkung nach § 242 BGB in der Regel nicht vorliegen werden. Eine Verwirkung setzt zunächst voraus, daß der Berechtigte sein Recht längere Zeit nicht geltend gemacht hat. Neben diesem Zeitablauf muß der Rechtsinhaber aber ein bestimmtes Verhalten gezeigt haben, aufgrund dessen der Verpflichtete darauf vertrauen durfte, daß das Recht nicht mehr geltend gemacht wird und schließlich muß der Verpflichtete tatsächlich darauf vertraut haben [1]. Knüpft man die Annahme einer Präklusion aber allein daran, daß bereits im Erkenntnisverfahren eine Gestaltungslage bestand, so führt dies zu einer verwirkungsähnlichen Rechtsfolge, obwohl die weiteren Kriterien einer Verwirkung nicht vorliegen. Regelmäßig wird der Gestaltungsberechtigte nämlich kein weiteres Verhalten gezeigt haben, aufgrund dessen ein Vertrauenstatbestand des Gestaltungsgegners entstehen konnte.

---

1) *Staudinger - Weber*, § 242 Anm. D 607 ff.; BGH in VersR 1963, 1048; BSG in NJW 1972, 2103.

Schließlich sei zur Ansicht der Rechtsprechung noch darauf hingewiesen, daß sie die Gefahr in sich birgt, den Anwendungsbereich der Präklusion über die oben genannten Fälle hinaus auszudehnen. Zu dieser Befürchtung geben zwei Entscheidungen Anlaß.

So hat das Reichsarbeitsgericht [2] entschieden, daß der Vollstreckungsschuldner mit dem Einwand der Aufrechnung auch dann präkludiert ist, wenn ihm die Gegenforderung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens zwar noch nicht formell zustand, sich aber wirtschaftlich bereits in seiner Verfügungsmacht befand. Der Entscheidung lag ein Fall zugrunde, in dem sich der Aufrechnungsberechtigte die Gegenforderung nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung von einer OHG, in der er zusammen mit seiner Mutter Gesellschafter war und die durch ihn vertreten wurde, abtreten ließ. Das Gericht argumentierte, daß die Gegenforderung sich nur formell noch bei der OHG befunden hätte, wirtschaftlich gesehen hätte der Aufrechnungsberechtigte diese schon früher an sich abtreten können. Das OLG Celle [3] hat einen Vollstreckungsschuldner mit dem Aufrechnungseinwand präkludiert, der einen Ausgleichsanspruch gegen den Kläger im Erkenntnisverfahren durch ein Zurückbehaltungsrecht hätte geltend machen können, und nun im Vollstreckungsverfahren mit diesem Ausgleichsanspruch aufrechnen wollte.

II. LITERATUR

Im Gegensatz zur Rechtsprechung steht die in der Literatur herrschende Meinung mit dem materiellen Recht im Einklang. Indem sie allein auf die nach materiellem Recht entscheidende Gestaltungserklärung abstellt, wahrt sie die materiellrechtliche Rechtsposition des Vollstreckungsschuldners in

---

2) RAG in Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, Bd. 13, S. 456 ff.
3) OLG Celle in OLGZ 197o, 357 ff. (359 f.).

vollem Umfang. Fraglich ist aber, ob sie auch den Interessen des Vollstreckungsgläubigers gerecht werden kann. Bedenken dagegen bestehen deshalb, weil sie die besondere Situation eines vorausgegangenen Prozesses überhaupt nicht berücksichtigt.

So muß ein uneingeschränktes Zulassen der Einwendungen aus ausgeübten Gestaltungsrechten zu Verzögerungen der Zwangsvollstreckung führen. Es ist denkbar, daß der Vollstreckungsschuldner, der alle drei Instanzen des Erkenntnisverfahrens ausgenutzt hat, die Vollstreckungsgegenklage als "vierte Instanz" benutzt, obwohl er das Gestaltungsrecht bereits in der ersten Instanz hätte ausüben können.

Dieser Gefahr kann auch durch eine vorsichtigere Anwendung der einstweiligen Anordnung nach § 769 ZPO nicht ausreichend entgegengewirkt werden. Ein Unterlassen der einstweiligen Anordnung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung führt zwar dazu, daß die Zwangsvollstreckung fortgesetzt wird. Durch das Abstellen auf die Gestaltungserklärung wird der Schuldner aber auf jeden Fall mit der Vollstreckungsgegenklage durchdringen mit der Folge, daß der Gläubiger nicht endgültig in den Genuß des Vollstreckungserlöses kommen kann. Die besondere Situation eines Prozesses kann es aber in gewissen Fällen rechtfertigen, den Schuldner mit seinem Gestaltungsrecht auszuschließen. Diesem Erfordernis wird ein Abstellen auf die Gestaltungserklärung auch dann nicht gerecht, wenn die Zwangsvollstreckung zunächst fortgesetzt wird.

Auch für den Fall der Aufrechnung führt die Ansicht der Literatur zu einem Ergebnis, das mit der besonderen Situation eines Prozesses nicht in Einklang gebracht werden kann. Solange das erstinstanzliche Urteil nicht rechtskräftig ist, hat der Beklagte die Möglichkeit, Berufung einzulegen. In dieser Berufung kann er die Aufrechnung mit einer Gegenforderung geltend machen. Mit der darauf gestützten Einwendung wird der Beklagte nach § 529 Abs. 5 ZPO aber nur dann gehört, wenn der Kläger einwilligt oder das

Gericht die Geltendmachung für sachdienlich erachtet. Im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage ist die Einwendung dagegen ohne weitere Voraussetzungen zulässig, wenn die Erklärung nur nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung abgegeben wurde. Dem Beklagten ist danach nur zu raten, die Gegenforderung in der Berufung nicht geltend zu machen, sondern erst im Wege der Vollstreckungsgegenklage. Dieses merkwürdige Ergebnis zeigt, daß allein materiellrechtliche Gesichtspunkte im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage auch nicht zu interessengemäßen Ergebnissen führen können.

B. ZWISCHENERGEBNIS

Als Ergebnis ist also festzustellen, daß keine der Meinungen in der Lage ist, sowohl die Wertungen des materiellen Rechts als auch die Erfordernisse des Prozeßrechts in Einklang zu bringen. Beide Meinungen führen zu Ergebnissen, die entweder vom Standpunkt des materiellen Rechts oder vom Standpunkt des Prozeßrechts nicht zu vertreten sind. Eine interessengerechte Lösung erfordert also, einen Ausgleich zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht in dieser Frage herzustellen.

§ 4 AUSGLEICH ZWISCHEN MATERIELLEM RECHT UND PROZESSRECHT

Die Notwendigkeit eines Ausgleiches zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht wurde insbesondere von den Verfassern einiger Dissertationen [1] zu diesem Thema erkannt. Dabei wird der Ausgleich teilweise in der Form vorgenommen, daß eine Präklusion der Gestaltungsrechte angenommen wird und dieses Ergebnis mit dem materiellen Recht in Einklang gebracht wird [2]. In diesen Fällen erstreckt sich der Versuch eines Ausgleichs aber nur auf die Frage, wie es erreicht werden kann, daß trotz Erklärung der Gestaltung die materiellrechtliche Wirkung wegen Nichtberücksichtigung im Prozess unterbleibt. Teilweise wird die Notwendigkeit eines Ausgleichs aber auch schon bei der Frage berücksichtigt, ob überhaupt eine Präklusion stattfinden kann [3].

A. AUSGLEICH ÜBER § 812 ABS. 1 S. 1 BGB

Oertmann [4] will für die Aufrechnung dem Vollstreckungsschuldner die Möglichkeit geben, den Vollstreckungserlös nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB zu kondizieren. Er geht also davon aus, daß die Aufrechnungserklärung, die bei der Vollstreckungsgegenklage nicht berücksichtigt wird, materiell wirksam ist. Da § 767 Abs. 2 ZPO nur die Beseitigung des Vollstreckungsrechts hindern solle, könne der Vollstreckungsschuldner also den Vollstreckungserlös herausverlangen. Damit wären die unerwünschten Auswirkungen einer Präklusion zumindest wirtschaftlich vermieden.

Gibt man dem Schuldner aber die Möglichkeit, den Vollstreckungserlös aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB herauszuverlangen, so erscheint die Annahme einer Präklusion völlig un-

---

1) *Dreykluft*, S. 74 ff.; *Martin*, S. 152 ff.; *Wein*, S. 56 ff.; auch *Oertmann*, Aufrechnung, S. 111.
2) *Martin*, a.a.O.; *Oertmann*, a.a.O.
3) *Dreykluft*, a.a.O.; *Wein*, a.a.O.
4) *Oertmann*, a.a.O.; *Hellwig - Oertmann*, System II, S. 199 FN 45; *Nikisch*, Festschrift Lehmann, S. 788. Dazu auch *RGRK*, § 812 Anm. 122; RG in ZZP 59, 226 ff.; *Rosenberg*, ZZP 59, 229 f.

nütz. Wenn der wirtschaftliche Wert auf jeden Fall beim Schuldner verbleiben soll, so erscheint es prozeßökonomisch sinnvoller, über sein Gestaltungsrecht schon bei der Vollstreckungsgegenklage zu entscheiden.

Überhaupt nicht gangbar ist dieser Weg für diejenigen, die die Präklusion mit der Rechtskraft des Leistungsurteils begründen [5]. Sieht man in der Präklusion eine notwendige Folge der Rechtskraft, dann muß auch die Klage des Schuldners auf Herausgabe des Vollstreckungserlöses ausgeschlossen sein. Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB setzt voraus, daß der Schuldner eine nicht bestehende Schuld gezahlt hat, daß also die titulierte Forderung durch die wirksame Ausübung eines Gestaltungsrechtes erloschen ist. Davon darf das Gericht aber wegen der Rechtskraft des Leistungsurteils und der anschließenden Rechtskraftpräklusion im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage nicht ausgehen [6].

B. UNWIRKSAMKEIT DER MATERIELLRECHTLICHEN GESTALTUNGSERKLÄRUNG

Die heute herrschende Meinung [7] geht zumindest für die Aufrechnung davon aus, daß diese materiell unwirksam ist, wenn sie im Prozeß nicht mehr berücksichtigt werden kann. Damit erreicht sie für die Aufrechnung, daß dem Vollstreckungsschuldner seine Gegenforderung, mit der er aufrechnen wollte, erhalten bleibt. Unklar ist aber, ob die materielle Wirksamkeit auch bei den anderen Gestaltungsrechten entfallen soll. Selbst wenn das der Fall ist, so kann dadurch aber etwa bei dem Anfechtungsrecht kein Ausgleich geschaffen werden. Dem Vollstreckungsschuldner nützt es nämlich nicht, wenn er sein Anfechtungsrecht zwar behält, damit aber für immer präkludiert bleibt. Da er die Anfechtung dann in einem Prozeß nicht geltend machen

---

5) So insbesondere *Martin*, S. 155.
6) Siehe dazu auch BGH in ZZP 74, 187 ff. mit im Ergebnis zustimmender Anmerkung von *Zeuner*.
7) *Wieczorek*, § 767 Anm. C II a 1o; *RGRK*, Anm. 19 vor § 387 BGB; BGHZ 24, 97 ff. (99).

kann, nützt es ihm wenig, daß das Anfechtungsrecht materiell noch besteht. Er wird zur Zahlung verurteilt, so daß der materielle Bestand des Anfechtungsrechtes sich wirtschaftlich bei ihm nicht auswirken kann.

C. AUSGLEICH ÜBER § 812 ABS. 1 S. 2 BGB

Diese Kritik ist auch der Ansicht von *Martin* [8] entgegenzuhalten. Er geht davon aus, daß der Vollstreckungsschuldner, der mit seinem Gestaltungsrecht präkludiert ist, von dem Gestaltungsgegner aus § 812 Abs. 1 S. 2 BGB verlangen kann, daß dieser die ihm günstigen Wirkungen des Gestaltungsaktes durch darauf gerichtete Vereinbarung rückgängig macht. Damit sollen unerwünschte materiellrechtliche Folgen der Präklusion vermieden werden können.

Gemeinsam ist allen diesen Ansichten, daß sie aus allein prozeßrechtlichen Erwägungen eine Präklusion annehmen. Der Versuch eines Ausgleichs setzt also erst an diesem Ergebnis an, indem dessen unerwünschte Folgen beseitigt werden sollen. Der Versuch eines Ausgleichs ist meines Erachtens aber bereits bei der Auslegung des § 767 Abs. 2 ZPO vorzunehmen. Nur so ist gewährleistet, daß die entsprechenden Erwägungen in dem Ergebnis der Auslegung Niederschlag finden und nicht nur eine Korrekturfunktion haben.

D. GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT

Diesen Versuch unternimmt *Wein* [9]. Er sieht in der Frage, ob der Vollstreckungsschuldner mit Gestaltungsrechten zu präkludieren ist oder nicht, ein Problem zwischen der Rechtssicherheit auf der einen und der materiellen Gerechtigkeit auf der anderen Seite. Dieses Problem versucht er zu lösen, indem er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anwendet und prüft, ob der dem einzelnen zugefügte

8) *Martin*, S. 152 ff.
9) *Wein*, S. 56 ff.

Nachteil außer Verhältnis steht zu dem für die Allgemeinheit bewirkten Vorteil. Unter diesem Gesichtspunkt kommt er je nach dem in Frage stehenden Gestaltungsrecht zu verschiedenen Ergebnissen. So soll es bei der Aufrechnung allein auf die Aufrechnungslage ankommen, bei der Anfechtung verlangt er dagegen zusätzlich die Kenntnis des Vollstreckungsschuldners von seinem Anfechtungsrecht. Dieser subjektiven Theorie folgt er auch für die Wandlung und für das gesetzliche Rücktrittsrecht.

E. ABWÄGUNG ÖFFENTLICHES INTERESSE UND INTERESSE DES GESTALTUNGSGEGNERS EINERSEITS UND INTERESSE DES GESTALTUNGSBERECHTIGTEN ANDERERSEITS

Ähnlich ist der Ausgangspunkt bei *Dreykluft* [10]. Er stellt das öffentliche Interesse und das Interesse des Gestaltungsgegners dem Interesse des Gestaltungsberechtigten gegenüber. Zwischen beiden entgegengesetzten Interessenlagen versucht er abzuwägen. Dabei soll aber dem öffentlichen Interesse nur eine Hilfsfunktion zukommen. Primär wiegt er die Interessen der Prozeßbeteiligten gegeneinander auf und nur in den Fällen, in denen beide gleich zu werten sind, soll das öffentliche Interesse den Ausschlag geben und so zu einer Präklusion führen. Die Schutzwürdigkeit der Interessen bestimmt er nach dem Verhalten der am Gestaltungsverhältnis Beteiligten und der Zumutbarkeit jeweils eines Ausschlusses beziehungsweise eines Nichtausschlusses.

Bei der Abwägung der Interessen unter diesen Gesichtspunkten kommt *Dreykluft* zu unterschiedlichen Ergebnissen. Eine Anfechtung nach § 123 BGB wird danach nicht präkludiert, weil der Gestaltungsgegner grob schuldhaft gehandelt habe [11]. Anders entscheidet er dagegen bei der Anfechtung nach § 119 BGB, denn da treffe das überwiegende Verschulden den Gestaltungsberechtigten [12]. Bei der Aufrechnung hielten

---

10) *Dreykluft*, S. 75 ff.
11) ders., S. 95 f.
12) ders., S. 93 f.

sich die Interessen die Waage, so daß der Einfluß des öffentlichen Interesses zu einer Präklusion führt [13].

Sowohl *Dreykluft* als auch *Wein* ist zuzugeben, daß sie einen Ausgleich zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht erstreben, um aufgrund dieser Erwägungen zu einem interessengemäßen Ergebnis zu kommen.

Dem Ansatzpunkt von *Wein* sind jedoch mehrere Bedenken entgegenzuhalten. Indem er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unter dem Gesichtspunkt anwendet, ob der dem einzelnen zugefügte Nachteil außer Verhältnis steht zu dem durch eine Präklusion für die Allgemeinheit bewirkten Vorteil, erhalten seine Erörterungen von vornherein einen Schwerpunkt, der im formellen Recht liegt. Er bewertet den Vorteil einer Präklusion grundsätzlich höher als materiellrechtliche Erwägungen, so daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei ihm nur eine Korrektivfunktion hat.

Außerdem beinhaltet der Lösungsversuch von *Wein* im Grunde nur eine Verlagerung des Problems. Die Notwendigkeit, Prozeßrecht und materielles Recht in Einklang zu bringen, taucht bei ihm in der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der kaum eine klare Abgrenzung ermöglicht, wieder auf.

Im Gegensatz zu *Wein*, der das öffentliche Interesse in den Vordergrund rückt, mißt *Dreykluft* diesem nur eine Hilfsfunktion bei Gleichwertigkeit der Interessen der am Gestaltungsverhältnis Beteiligten zu. Dadurch berücksichtigt er jedoch das Prozeßrecht zu wenig. Er wägt, gerade bei der Frage des Verschuldens und der Zumutbarkeit insbesondere von Fristverkürzungen fast ausschließlich materiellrechtliche Gesichtspunkte gegeneinander ab.

---

13) *Dreykluft*, S. 88 ff.

Bei beiden Autoren ist meines Erachtens also noch nicht eine ausgewogene Berücksichtigung beider Rechtsgebiete geglückt.

§ 5 EIGENE LÖSUNG

Eine sachgerechte Auslegung des § 767 Abs. 2 ZPO ist also nur möglich, wenn materielles Recht und Prozeßrecht gleichmäßig berücksichtigt werden.

A. NOTWENDIGKEIT EINER DIFFERENZIERUNG

Eine ausreichende Berücksichtigung des materiellen Rechts setzt voraus, daß die einzelnen Gestaltungsrechte differenziert betrachtet werden. Diese Notwendigkeit folgt daraus, daß den Gestaltungsrechten nur gemeinsam ist, daß sie durch Zugang der Gestaltungserklärung ohne Mitwirkung des Gestaltungsgegners wirksam werden. Innerhalb dieser Gemeinsamkeit bestehen aber zahlreiche Unterschiede [1].

I. ALS FOLGE DER RECHTLICHEN VERSCHIEDENHEIT DER GESTALTUNGSRECHTE

So haben Gestaltungsrechte in Bezug auf ein Rechtsverhältnis höchst unterschiedliche Wirkungen. Es gibt Gestaltungsrechte, die ein Recht vernichten [2] und solche, die ein Recht begründen [3] und schließlich solche, die ein Rechtsverhältnis ändern [4]. Aber auch innerhalb dieser Einteilung sind die Wirkungen noch unterschiedlich. So vernichtet die Anfechtung das Schuldverhältnis mit rückwirkender Kraft, die Kündigung beendet es für die Zukunft.

Die Gestaltungsrechte sind auch hinsichtlich der Frage, ob die Erklärungen an bestimmte Gründe gebunden sind, unterschiedlich ausgestaltet. Es gibt grundabhängige Gestaltungs-

---

1) Zu den Gestaltungsrechten allgemein *Bötticher*, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht; *Adomeit*, Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche.
2) z.B. Anfechtung.
3) z.B. die Wandlung, die ein Rückgewährschuldverhältnis begründen kann.
4) z.B. Rücktritt.

rechte [5], deren Entstehen und Fortbestand vom Vorliegen eines Gestaltungsgrundes abhängen und grundunabhängige Gestaltungsrechte [6], bei denen sich die Gestaltungsbefugnis ohne weiteres aus dem Inhalt des Rechtsverhältnisses ergibt.

Höchst unterschiedlich sind die Gestaltungsrechte auch hinsichtlich ihrer rechtlichen Behandlung ausgestaltet. Manche sind vererblich, manche dagegen unvererblich, einige übertragbar, andere nicht übertragbar. Die meisten Gestaltungsrechte können durch Vertreter ausgeübt werden, einige dagegen nur in Person [7].

Aus dieser Fülle von Unterschieden zwischen den einzelnen Gestaltungsrechten folgt, daß § 767 Abs. 2 ZPO nicht unter dem Gesichtspunkt des Gestaltungsrechtes allgemein ausgelegt werden kann. Die Auslegung muß vielmehr an ein konkretes Gestaltungsrecht anknüpfen, so daß es möglich ist, daß die Unterschiede zwischen den einzelnen Gestaltungsrechten auch unterschiedliche Auslegungsergebnisse bedingen.

II. UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG EINER MÖGLICHEN PRÄKLUSION

Die Notwendigkeit einer differenzierenden Betrachtung ergibt sich aber insbesondere wegen der Verschiedenheit der Gestaltungsrechte in dem Punkt, an den gerade die Annahme einer Präklusion anknüpft.

Die Präklusion von Gestaltungsrechten bedeutet, daß der Gestaltungsberechtigte von einem Zeitpunkt an mit einer

---

5) Anfechtung, Rücktritt.
6) Ausschlagung der Erbschaft nach §§ 1942 ff. BGB; ordentliche Kündigung durch den Arbeitnehmer.
7) Siehe auch *Enneccerus - Nipperdey*, Bd. I, S. 443.

Einwendung aus der ausgeübten Gestaltung ausgeschlossen ist [8]. Als entscheidender Zeitpunkt kommt nur der Schluß der letzten mündlichen Verhandlung der letzten Tatsacheninstanz in Betracht. Zu diesem Zeitpunkt kann die vorliegende Gestaltungslage unterschiedlich beschaffen sein.

Die erste Möglichkeit besteht darin, daß die Wirkung der Gestaltungserklärung auf den Zeitpunkt zurückwirkt, in dem erstmals die Gestaltungslage bestand. Das sind zum Beispiel der Zeitpunkt der Abgabe der anfechtbaren Willenserklärung oder des Gegenübertretens der beiden zur Aufrechnung geeigneten Forderungen. In diesen Fällen erlangt die Gestaltungslage auch nach materiellem Recht eine besondere Bedeutung. Dem Gestaltungsberechtigten kann zunächst vorgeworfen werden, daß er schon vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens sein Gestaltungsrecht hätte ausüben können. Zusätzlich kann er darauf hingewiesen werden, daß auch das materielle Recht diesem Zeitpunkt durch die Rückwirkung besondere Bedeutung beigemessen hat.

Die zweite Möglichkeit besteht darin, daß für das Bestehen der Gestaltungslage der Eintritt bestimmter Tatsachen erforderlich war, ihne daß die Gestaltungserklärung aber auf den Zeitpunkt des erstmaligen Bestehens der Gestaltungslage zurückwirkt. Als Tatsache kommen das Setzen eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB oder die Übereignung einer mit Mängeln behafteten Kaufsache zur Entstehung eines Wandlungs- oder Minderungsrechtes nach §§ 462, 459 BGB in Betracht. In diesen Fällen wird die Gestaltungslage nicht besonders betont. Gleichwohl kann man den Gestaltungsberechtigten darauf verweisen, daß er das Gestaltungsrecht vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung der letzten Tatsacheninstanz hätte ausüben können. Dafür, daß er es auch hätte ausüben müssen, könnte der Umstand sprechen, daß der Gestaltungsberechtigte durch den Eintritt der Tatsache, die ihn erst zur Gestaltung

---

8) Zum Begriff der Präklusion allgemein *Otto*, S. 15 ff.

berechtigt, zur Entscheidung über eine Ausübung gedrängt wurde.

Schließlich ist denkbar, daß die Gestaltungslage weder den Eintritt besonderer Tatsachen erfordert noch eine Rückwirkung der Gestaltungserklärung auf den Zeitpunkt der Gestaltungslage angeordnet ist. Das ist etwa bei der ordentlichen Arbeitnehmerkündigung oder dem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB der Fall. Bei diesen Gestaltungsrechten hat die bloße Gestaltungslage praktisch keinerlei Bedeutung. Dadurch, daß das Gestaltungsrecht ohne besondere Voraussetzungen besteht und die Gestaltungserklärung nicht zurückwirkt, erscheint es fast unmöglich, dem Gestaltungsberechtigten den Vorwurf zu machen, er hätte das Recht schon früher ausüben können.

Diese unterschiedliche Bedeutung der Gestaltungslage müßte also Auswirkungen auf die Annahme einer Präklusion haben. Sie scheint am ehesten geboten, wenn die Gestaltungserklärung auf die Gestaltungslage zurückwirkt; sie liegt am fernsten, wenn sie nur zu diesem Zeitpunkt schon hätte abgegeben werden können, ohne daß weitere Umstände hinzutraten.

Gerade diese Unterschiede zeigen, daß eine differenzierende Auslegung des § 767 Abs. 2 ZPO in der Weise erforderlich ist, daß die Frage einer Präklusion für jedes Gestaltungsrecht gesondert zu prüfen ist. Es werden daher im folgenden die wichtigsten Gestaltungsrechte getrennt untersucht werden, um so zu sachgerechten Ergebnissen zu kommen.

B. DIE GESTALTUNGSRECHTE IM EINZELNEN

I. AUFRECHNUNG, §§ 387 FF. BGB

1. AUSLEGUNG

Um feststellen zu können, ob der Vollstreckungsschuldner im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage mit einer Einwendung, er könne gegen die geltend gemachte Forderung noch aufrechnen, präkludiert ist, muß § 767 Abs. 2 ZPO unter dem speziellen Gesichtspunkt der Aufrechnung ausgelegt werden.

a. WORTLAUT

Nach § 767 Abs. 2 ZPO ist der Schuldner mit dem Einwand der Aufrechnung präkludiert, wenn "der Grund der Einwendung" vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens entstanden ist. Da der Gesetzgeber in Abs. 1 von der "Einwendung" gesprochen hat, in Abs. 2 dagegen von dem "Grund der Einwendung", muß davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber damit bewußt einen Unterschied machen wollte. Der Grund der Einwendung ist also sicherlich nicht identisch mit der Einwendung.

Sieht man in der Einwendung die Behauptung des Schuldners, er könne mit einer Gegenforderung aufrechnen, so muß der Grund dieser Einwendung das Gegenübertreten der beiden Forderungen und damit die Aufrechnungslage sein [9]. Möglich ist aber auch, daß die Einwendung in der Behauptung des Schuldners besteht, die Forderung des Gläubigers sei erloschen, weil er wirksam mit einer Gegenforderung aufgerechnet habe. In diesem Fall ist der Grund der Einwendung die erklärte Aufrechnung, das heißt, die Aufrechnungserklärung gehört zu den Gründen der Einwendung [10].

---

9) So die Rechtsprechung, siehe RGZ 64, 228 ff. (23o).
10) So die hM der Literatur, siehe *Nikisch*, Festschrift Lehmann, S. 787.

In welcher Behauptung die Einwendung des Schuldners zu sehen ist, läßt sich dem Wortlaut des § 767 Abs. 2 ZPO nicht entnehmen.

Dieser kann auch nicht durch die Rückwirkung der Aufrechnungserklärung erhellt werden. Auch wenn man diese berücksichtigt, bleibt dennoch ein Unterschied zwischen der Einwendung, daß die Forderung des Gläubigers rückwirkend erloschen sei, und der Einrede der Aufrechenbarkeit, die besagt, daß sie durch Aufrechnungserklärung rückwirkend zum Erlöschen gebracht werden könne.

Als Ergebnis ist also festzustellen, daß allein der Wortlaut die zu entscheidende Frage nicht klären kann.

b. SYSTEMATISCHE STELLUNG

Aus der Stellung des § 767 Abs. 2 ZPO im achten Buch des Gesetzes, Zwangsvollstreckung, läßt sich entnehmen, daß diese Norm eine typisch vollstreckungsrechtliche Vorschrift ist [11]. Außerdem zeigt sie, da die Vorschrift zwischen anderen Normen über Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung steht, daß § 767 Abs. 1 ZPO dem Schutz des Schuldners dient, § 767 Abs. 2 ZPO diesen Schutz aber wieder einengt, indem er an das Vorliegen besonderer Voraussetzungen, nämlich Entstehung des Grundes der Einwendung nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung, geknüpft wird.

Daraus, daß § 767 ZPO materielle Einwendungen [12] gegen den Vollstreckungstitel zuläßt, kann weiter gefolgert werden, daß diese Vorschrift eine Verbindung zwischen materiellem

---

11) Deshalb bedürfte es zumindest einer näheren Begründung, wenn man in § 767 ZPO eine Vorschrift sieht, die allgemein die Wirkungen und den Umfang der Rechtskraft regelt.

12) So die zutreffende herrschende Meinung. Statt aller *Rosenberg*, S. 959; a.A. nur *Gilles*, ZZP 83, 61 ff.(91 ff.).

Recht und Prozeßrecht herstellen will. Grundsätzlich ist die Zwangsvollstreckung nur an das Vorliegen der formellen Voraussetzungen des Titels, der Klausel und der Zustellung, § 750 ZPO, gebunden. Sie findet also grundsätzlich unabhängig von der weiteren Entwicklung im materiellen Recht statt. Von diesem Grundsatz macht § 767 ZPO eine Ausnahme, indem er dem Vollstreckungsschuldner die Möglichkeit gibt, materielle Einwendungen gegen den Titel noch geltend zu machen, damit die Zwangsvollstreckung der tatsächlichen materiellen Rechtslage entspricht.

Gerade § 767 ZPO zeigt also, daß zur Auslegung des Abs. 2 auch materielle Argumente angeführt werden können und müssen, damit der von dieser Vorschrift erstrebte Ausgleich zwischen beiden Rechtsgebieten auch tatsächlich erreicht wird.

Dieser Ausgleich läßt sich aber nur dann herstellen, wenn man sich über das Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht, hier insbesondere dem Zwangsvollstreckungsrecht, im Klaren ist.

Das Prozeßrecht kann definiert werden als die Summe aller Normen, die ein Verhalten in einem Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen regelt, das auf ein bestimmtes Rechtspflegeziel ausgerichtet ist [13]. Dagegen regelt das materielle Recht das Verhalten in Lebensbereichen, in denen sich die Rechtssubjekte unmittelbar begegnen. Prozeßrecht und materielles Recht treffen im Verfahren zusammen, weil dieses der Entscheidung materiellrechtlicher Streitigkeiten dient. Daraus ergibt sich, daß sie inhaltlich aufeinander bezogen [14] - also Teile einer Gesamtrechtsordnung - sind.

Der Bezug wird hergestellt durch den Zweck des Prozesses [15]. Dieser Zweck besteht zunächst darin, die subjektiven Rechte

---

13) *Henckel*, S. 21; ähnlich *Weber*, S. 183 ff. (185).
14) *Henckel*, S. 26.
15) *Rosenberg - Schwab*, S. 2 f.

des einzelnen festzustellen, zu schützen und, insbesondere durch das Verfahren der Zwangsvollstreckung, durchzusetzen [16]. Soweit irgend möglich, soll das Prozeßrecht der Realisierung des materiellen Rechts dienen [17]. Das gilt in besonderem Maße für das Zwangsvollstreckungsrecht, weil die Vollstreckung eines Titels wieder in den materiellen Bereich zurückführt [18]. Das folgt daraus, daß gerade die Zwangsvollstreckung der Durchsetzung des subjektiven Rechts dient und der Vollstreckungsgläubiger den Titel nur mit Rücksicht auf seinen materiellen Anspruch erlangt hat [19].

Indem diese subjektiven Rechte geschützt werden, erfüllt der Prozeß zugleich den weiteren Zweck, die objektive Rechtsordnung zu bewahren und Rechtsfrieden herzustellen [2o].

Dieser doppelte Prozeßzweck führt zu der Schwierigkeit, daß in manchen Situationen ohne zusätzliche Kriterien nicht geklärt werden kann, welchem Prozeßzweck der Vorrang zu geben ist. Diese Schwierigkeit besteht auch in der hier zu lösenden Frage. Stellt man den Schutz der subjektiven Rechte in den Vordergrund, so muß auf die Gestaltungserklärung abgestellt werden. Stellt man auf die Bewahrung des Rechtsfriedens ab, so läßt sich vertreten, daß dies nur geschehen kann, indem auf die Gestaltungslage abgestellt wird, weil der Rechtsfrieden nur dann gewahrt wird, wenn man den Schuldner zwingt, seine Rechte bereits und ausschließlich im Erkenntnisverfahren auszuüben.

Als Ergebnis der systematischen Auslegung des § 767 Abs. 2 ZPO ist also festzuhalten, daß diese Vorschrift einen Aus-

---

16) *Baumbach - Lauterbach*, Anm. 1 C vor § 3oo; *Niese*, S. 31; weitere Nachweise bei *Henckel*, S. 58, FN 61.
17) *Grunsky*, S. 87.
18) *Niese*, S. 121; *Lüke*, AcP 153, 533ff. (54o f.), insbesondere Anm. 33
19) *Hellwig - Oertmann*, System II, S. 192; *Gaul*, JuS 1962, 1 ff. (2); *Rosenberg*, S. 886.
2o) Dieser Prozeßzweck wird teilweise auch als einziger oder primärer Prozeßzweck hervorgehoben, siehe *Stein - Jonas - Pohle*, 19. Aufl., Einl. C.

gleich zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht herstellen will. Dieser Ausgleich kann aber weder durch ein Abstellen auf die Gestaltungserklärung noch durch ein Abstellen auf die Gestaltungslage erreicht werden. Im ersten Fall bleibt der Zweck des Zivilprozesses, subjektive Rechte durchzusetzen, unberücksichtigt, im zweiten Fall der Zweck, die objektive Rechtsordnung zu wahren und Rechtsfrieden zu schaffen.

c. GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG

§ 767 Abs. 2 ZPO stimmt wörtlich mit § 686 ZPO i.d.F. von 1877 überein. Auch zur Zeit der Geltung des gemeinen Rechts war die Einwendung aus einer Aufrechnung also unzulässig, wenn der Grund der Einwendung schon vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens bestanden hatte.

Ein Rückblick auf die materiellrechtliche Ausgestaltung der Aufrechnung vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches zeigt aber, daß die Anwendung dieser Vorschrift zu dieser Zeit keine Schwierigkeiten bereiten konnte.

aa. IPSO IURE COMPENSATUR

Für die rechtliche Struktur der Aufrechnung war im gemeinen Recht ausschließlich der Satz "ipso iure compensatur" entscheidend. Über die Bedeutung dieses Satzes wurden im wesentlichen folgende Ansichten vertreten [21]:

Asher war der Meinung, daß die gegenüberstehenden Forderungsrechte einander ipso iure, sine facto hominis aufhöben [22]. Diese Ansicht kam auch in ALR I, 16, § 3o1 [23] und im Art.

---

21) Siehe die Nachweise bei *Windscheid*, Bd. II, S. 467, insbesondere FN 1o.
22) *Asher*, S. 57 ff.
23) ALR I, 16, § 3o1 lautet: "Sobald die Forderung, durch welche die Compensation gesetzmäßig begründet wird, entstanden ist, wird auch die Schuld, so weit die Compensation reicht, für erloschen geachtet."

1290 code civil [24] zum Ausdruck.

Dagegen kam man in der neueren gemeinrechtlichen Doktrin zu der Erkenntnis, daß der Schuldner, der nicht aufrechnen wolle, sein Forderungsrecht behalten müsse. Daher forderte man, daß sich der Schuldner auf die Kompensation berufen müsse. Tue er dies aber, so müsse die Rechtslage so angesehen werden, als hätten sich beide Forderungsrechte von der Zeit ihres Gegenüberstehens an ipso iure aufgehoben. Der eigentlich konstitutive Akt blieb aber das Gegenübertreten der beiden Forderungen. Durch sie allein trat bereits eine Hemmung der Forderung des Gläubigers durch die Gegenforderung des Schuldners ein, indem diese mit einer Einrede behaftet war. Daraus folgerte *Windscheid* [25], daß der Schuldner, der in Unkenntnis der bestehenden Aufrechnungseinrede geleistet hat, das Geleistete aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern könne.

Aus dieser materiellen Rechtslage ergaben sich für die Anwendung des § 686 ZPO a.F. keine Schwierigkeiten. Eine Diskrepanz zwischen materiellem Recht und den Erfordernissen des Prozesses konnte nicht auftreten, weil auch nach materiellem Recht das Gegenübertreten der beiden Forderungen entscheidend war. Dieses allein führte die Rechtsänderung herbei. Hatten sich die beiden Forderungen also schon vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens gegenübergestanden, so war der Vollstreckungsschuldner mit dem Einwand der Aufrechnung im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage ausgeschlossen. Das mußte auch dann gelten, wenn die Gegenforderung nicht in den Prozeß eingeführt worden war und selbst, wenn sie dem Beklagten unbekannt war.

---

24) Art. 1290 code civil lautet: "La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'inscu des dèbiteurs; les deux dettes s'éteignent reciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives."

25) *Windscheid*, Bd. II, S. 464 f.

bb. ENTWURF DES BGB

Mit diesen Ansichten zur Aufrechnung brachen die §§ 281, 282 des Entwurfs zum BGB. Danach verwirklicht sich das Aufrechnungsrecht dadurch, daß der Aufrechnende im Prozeß oder außerhalb des Prozesses dem Aufrechnungsgegner gegenüber eine Willenserklärung abgibt, daß er seine Forderung gegen diejenige des Aufrechnungsgegners aufrechne. Damit knüpfte man an die neuere gemeinrechtliche Anschauung an [26], indem man entscheidendes Gewicht auf den Willen des Aufrechnenden legte.

Das Abstellen auf die Aufrechnungserklärung führte aber dazu, daß dieser nunmehr allein konstitutive Wirkung zukam. Die Erklärung des Aufrechnenden wurde zum rechtsgestaltenden Akt. Die Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches brachte im Grunde also doch eine Absage an die ipso - iure - Theorie in allen ihren Variationen. Die Aufrechnungslage hatte keinerlei rechtliche Auswirkungen mehr auf den Bestand und den Inhalt der Forderung des Gläubigers.

Diese klare und einfache Rechtslage wurde aber dadurch kompliziert, daß die Wirkung der Aufrechnung nicht an die Erklärung, sondern an die Aufrechnungslage anknüpfte, indem der Erklärung rückwirkende Kraft beigemessen wurde. Dabei übersah man nicht, daß aus diesem Grund gesagt werden würde, durch die Aufrechnungslage sei die eine Forderung von der anderen doch schon beeinflußt [27].

Diese Wirkung sollte aber der rückwirkenden Kraft eindeutig nicht beigemessen werden. Zu dieser gesetzlichen Fiktion sah man sich genötigt, um die Verzinslichkeit, den Verzug, die Vertragsstrafe und die Behandlung im Konkurs nicht nach der Erklärung bestimmen zu müssen, weil dadurch den "Anforderungen des praktischen Lebens und des Verkehres" [28] nicht ge-

---

26) Motive zum BGB, Bd. II, S. 1o7.
27) a.a.O., S. 1o9
28) a.a.O.

nügt worden wäre. Wäre man diesen Mißständen durch positive Bestimmungen begegnet, wäre wieder die Klarheit der Regelung beseitigt worden. "Um allen diesen Mißständen vorzubeugen, bleibt in der That nur die Aufstellung der erwähnten Fiktion übrig" [29].

Festzustellen bleibt also, daß die Rückwirkung nichts an dem Prinzip ändern sollte, daß allein der Aufrechnungserklärung konstitutive Wirkung zukommt [30].

Damit tauchte erstmals durch die Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches für die Auslegung des § 686 ZPO a.F. die Frage auf, ob die Aufrechnungserklärung zu den Gründen der Einwendung zu zählen ist oder nicht. Eine notwendige Entscheidung führte nunmehr dazu, daß entweder der Schuldner ein subjektives Recht verlieren mußte oder der Rechtsfrieden gefährdet wurde. Damit konnte § 686 ZPO a.F. die Frage nach der Zulässigkeit nicht mehr befriedigend beantworten.

Wenn der Gesetzgeber gleichwohl diese Vorschrift in § 767 Abs. 2 ZPO wörtlich übernommen hat, dann muß daraus geschlossen werden, daß er die erforderliche Entscheidung dieser Frage übersehen hat. Entgegen *Kauppert* [31] ist darin also nicht eine Bestätigung der bisherigen Rechtslage zu sehen, die in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht zu einem Ausschluß der Einwendung kommen mußte. Bedenkt man, wieviel Neuerungen eine Reform wie der Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuches brachte und wieviele Änderungen bestehender Vorschriften aus diesem Grunde notwendig waren, so ist es wahrscheinlicher, daß der Gesetzgeber eine erforderliche Änderung des § 686 ZPO i.d.F. von 1877 übersehen hat.

Als Ergebnis der Auslegung ist damit festzustellen, daß durch die Änderung der materiellen Ausgestaltung des Auf-

---

29) Motive zum BGB, Bd. II, S. 109
30) Deshalb ist die Ansicht des RG in JW 1902, 531 nicht zutreffend.
31) *Kauppert*, S. 93 f.

rechnungsrechtes eine nachträgliche Gesetzeslücke entstanden ist. Aus § 767 Abs. 2 ZPO kann die erforderliche Entscheidung nicht entnommen werden.

2. ANALOGIE

Diese so entstandene Regelungslücke könnte durch eine Analogie zu schließen sein. Zur Lückenausfüllung sind die Wertungen der Gesamtrechtsordnung heranzuziehen, das heißt, das Bestreben nach einem Ausgleich zwischen dem materiellen Recht und den Erfordernissen des Prozeßrechts.

Als eine dem § 767 Abs. 2 ZPO insoweit vergleichbare Vorschrift, die einen Ausgleich ebenfalls erreichen will, kommt § 529 Abs. 5 ZPO in Betracht. Die analoge Anwendung dieser Vorschrift für das Aufrechnungsrecht hat bereits *Böttticher* [32] vorgeschlagen und teilweise Zustimmung gefunden [33]-[34]. Bisher ist aber noch nicht untersucht worden, ob der Weg für eine Analogie frei ist [35] und ob die Wertung des § 529 Abs. 5 ZPO auf den zu lösenden Fall paßt. *Böttticher* begründet seinen Vorschlag damit, daß dieser Weg elastischer sei. Er will § 529 Abs. 5 ZPO auch dann analog anwenden, wenn die Aufrechnungslage erst nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung entstanden ist [36]. § 529 Abs. 5 ZPO wolle nämlich alle nach Abschluß der ersten Instanz erklärten Aufrechnungen treffen. Außerdem fordere die zügige Durchsetzung der Vollstreckung die Fernhaltung jeder Aufrechnung, sofern dem Schuldner zugemutet werden könne, die Gegenforderung anderwärts geltend zu machen [37]. Eine analoge Anwendung auch dann,

---

32) *Böttticher* in MDR 1963, 935; ders. in ZZP 77, 483 f.; ders. in JZ 1966, 616 f.
33) *Lent - Jauernig*, Zwangsvollstreckungsrecht, S. 38.
34) *Stein - Jonas - Pohle*, 19. Aufl., § 767 II 2 c.
35) Diese Frage ist, soweit ersichtlich, bisher überhaupt noch nicht untersucht worden.
36) *Böttticher* in ZZP 77, 484.
37) Ähnlich *Esser*, Bd. I, S. 172 mit der Begründung, daß der Schuldner bezüglich seines Aufrechnungsrechtes bei der Vollstreckungsgegenklage nicht besser stehen dürfe als derjenige, dessen Aufrechnung aus Gründen der Prozeßverzögerung unberücksichtigt blieb.

wenn die Aufrechnungslage erst nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens entstanden ist, halte ich aber nicht für möglich. In diesen Fällen trifft § 767 Abs. 2 ZPO eine eindeutige Regelung, so daß keine Gesetzeslücke besteht.

a. WERTUNG DES GESETZGEBERS IN § 529 ABS. 5 ZPO

§ 529 Abs. 5 ZPO bestimmt, daß der Beklagte eine Einwendung, die aus einer Aufrechnung mit einer Gegenforderung herrührt, im Berufungsverfahren noch geltend machen kann, wenn der Kläger einwilligt oder das Gericht die Geltendmachung in dem anhängigen Verfahren für sachdienlich hält. Die Vorschrift ist eine Ausnahme zu dem in § 529 Abs. 1 und 2 ZPO zum Ausdruck gekommenen Grundsatz, daß in der Berufungsinstanz neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden können, es sei denn, die Geltendmachung ist in der ersten Instanz aus Prozeßverschleppungsabsicht oder grober Nachlässigkeit unterblieben [38]. Hinsichtlich der Aufrechnung ist also eine Verschärfung angeordnet.

Mit dieser Verschärfung bezweckte der Gesetzgeber, eine Prozeßverschleppung schon in der Berufungsinstanz zu verhindern, die gerade bei diesem Gestaltungsrecht sehr groß ist. Deshalb hat das Reichsgericht [39] auch zurecht § 529 Abs. 5 ZPO von vornherein für unanwendbar erklärt, wenn wegen Spruchreife der Aufrechnungsforderung eine Verzögerung nicht eintreten kann.

Trotzdem erschien es dem Gesetzgeber offensichtlich unangebracht, den Beklagten mit dieser Einwendung grundsätzlich zu präkludieren. Dafür besteht sicherlich dann kein Bedürfnis, wenn der Kläger in die Zulassung der Einwendung einwilligt, er sich also mit der möglicherweise eintretenden

---

38) Für die Aufrechnung gilt aber ausschließlich § 529 Abs. 5 ZPO, siehe OLG Celle in NJW 1965, 1338 f.
39) RGZ 89, 13 ff. (18).

Prozeßverzögerung einverstanden erklärt. Aber auch dann, wenn es prozeßökonomisch sinnvoll ist, die Aufrechnung in diesem Prozeß mit zu behandeln, etwa, weil sonst sehr schnell ein neuer Prozeß anhängig gemacht werden würde, wäre eine Nichtzulassung nicht sinnvoll, ihre Zulassung dagegen im Interesse einer endgültigen Streitklärung sachdienlich [40]. Auch dann sollte der Beklagte mit dieser Einwendung nicht präkludiert werden.

b. VERGLEICH MIT DER ZU LÖSENDEN FRAGE

Eine analoge Anwendung auf die zu lösende Frage setzt voraus, daß der in § 529 Abs. 5 ZPO geregelte Tatbestand und die in der Vorschrift getroffene Wertung des Gesetzgebers mit dem zu lösenden Problem eine hinreichende Ähnlichkeit aufweisen [41]. § 529 Abs. 5 ZPO in seiner direkten Anwendung und das zu lösende Problem bei der Vollstreckungsgegenklage weisen aber einige Unterschiede auf.

aa. RECHTSKRAFT

Ein wesentlicher Unterschied besteht in dem Eintritt der formellen und materiellen Rechtskraft. § 529 Abs. 5 ZPO hat das Verhältnis zweier Instanzen des Erkenntnisverfahrens zum Inhalt. Damit regelt die Vorschrift in ihrer direkten Anwendung einen Fall, in dem nie eine Rechtskraft eingetreten sein kann. Die formelle und damit die materielle Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils tritt nach § 516 ZPO erst nach einem Monat ein. Wird innerhalb dieses Zeitraums Berufung eingelegt, so daß § 529 Abs. 5 ZPO eingreift, so wird das Urteil nicht rechtskräftig. Verstreicht die Frist, ohne daß Berufung eingelegt wurde, so tritt die Rechtskraft ein und § 529 Abs. 5 ZPO kann niemals Anwendung finden, weil eine Berufung dann nicht mehr zulässig ist.

---

40) Zum Begriff der Sachdienlichkeit *Baumbach - Lauterbach*, § 264 Anm. 4 B.

41) Ähnlich auch RGZ 137, 1 ff. (13); zur Methode der Analogie allgemein *Bartholomeyczik*, S. 81 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, S. 279 ff.; *Engisch*, S. 83.

Dagegen geht es bei der Vollstreckungsgegenklage um das Verhältnis von Zwangsvollstreckung zum Erkenntnisverfahren. Der Vollstreckungsgegenklage liegt ein Vollstreckungstitel zugrunde, der in den meisten Fällen bereits rechtskräftig ist. Aber auch in den Fällen, in denen der Gläubiger aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel vorgeht, vgl. § 7o4 ZPO, wird ihm diese Möglichkeit nur deshalb gegeben, weil dieses Urteil wahrscheinlich irgendwann rechtskräftig wird. Hat nämlich ein Rechtsmittel des Schuldners Erfolg, so ist die Vollstreckung rückgängig zu machen und der Gläubiger daneben zum Schadensersatz nach § 717 ZPO verpflichtet. Die Wirkung der Vollstreckung bleibt also auch bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen nur dann endgültig bestehen, wenn das Urteil rechtskräftig wird.

Dieser Unterschied könnte einem Ähnlichkeitsschluß entgegenstehen. Das wäre dann der Fall, wenn bei der Beseitigung der Vollstreckbarkeit durch eine Vollstreckungsgegenklage Rechtskraftprobleme wie bei der Beseitigung eines rechtskräftigen Urteils auftauchen. Hat die Beseitigung der Vollstreckbarkeit dagegen mit der Rechtskraft des Urteils nichts zu tun, das heißt, wird die Rechtskraft des Urteils durch die Vollstreckungsgegenklage nicht berührt, so steht der oben aufgezeigte Unterschied einem Ähnlichkeitsschluß nicht entgegen.

(1) VERHÄLTNIS VON RECHTSKRAFT UND VOLLSTRECKBARKEIT ZUEINANDER

Zunächst ist festzustellen, daß der Schuldner mit der Vollstreckungsgegenklage nicht die Rechtskraft des Urteils angreift [42]. Ziel der Klage ist es nämlich, dem Urteil nur die Vollstreckbarkeit zu nehmen. Dies ist aber eine Wirkung des Urteils, die unabhängig von der Rechtskraft besteht [43]. Das zeigt sich schon daran, daß auch noch nicht rechts-

42) So schon *Hellwig - Oertmann*, System II, S. 199.
43) *Thomas - Putzo*, § 322 Anm. 1 a.

kräftige Urteile vollstreckbar sein können und andererseits nicht jedes rechtskräftige Urteil vollstreckbar ist. So findet nach § 7o4 ZPO die Zwangsvollstreckung auch aus noch nicht rechtskräftigen, aber für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteilen statt. Andererseits sind Feststellungsurteile und Gestaltungsurteile möglicherweise zwar rechtskräftig, aber ihrem Inhalt nach nicht vollstreckbar [44]. Rechtskraft und Vollstreckbarkeit sind also nicht untrennbar miteinander verbunden.

(2) VORLÄUFIGE VOLLSTRECKBARKEIT

Otto [45] rechnet die Präklusion des § 767 Abs. 2 ZPO zu den Fällen der rechtskraftfremden Präklusion [46], so daß auch nach seiner Ansicht keine Rechtskraftprobleme auftauchen. Er begründet das damit, daß die Vollstreckungsgegenklage auch gegen nur vorläufig vollstreckbare, das heißt, noch nicht rechtskräftige Urteile zulässig ist. Zumindest für die Dauer der vorläufigen Vollstreckbarkeit bestehe kein Zusammenhang mit der Rechtskraft. Da § 767 Abs. 2 ZPO aber auch für diese Zeitdauer eine Präklusion anordnet, könne dies nur eine rechtskraftfremde sein.

Dieses Argument wird aber durch folgende Überlegung abgeschwächt. Hat der Gläubiger ein vorläufig vollstreckbares erstinstanzliches Urteil in Händen, so dauert dieser Zustand nur einen Monat. Gemäß § 516 ZPO wird nach dieser Zeit das Urteil formell und damit auch materiell rechtskräftig. Wählt der Schuldner während dieser Zeit die Berufung, so bleibt daneben für eine Vollstreckungsgegenklage kein Raum mehr, und das hier zu lösende Problem stellt sich nicht. Das folgt daraus, daß für eine Vollstreckungsgegenklage neben der bereits eingelegten Berufung das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, weil die Berufung das weiter-

---

44) *Lent - Jauernig*, Zivilprozeßrecht, S. 181.
45) *Otto*, S. 67 f.
46) Er gliedert die Präklusion in eine innerprozessuale und eine außerprozessuale. Letztere teilt er in die Rechtskraftpräklusion, die rechtskraftergänzende und die rechtskraftfremde Präklusion ein.

gehende Prozeßziel hat und die Wirkungen der Vollstreckungsgegenklage umfaßt [47]. Wählt er dagegen die Vollstreckungsgegenklage, so wird dadurch die Frist des § 516 ZPO nicht gehemmt. Die formelle und materielle Rechtskraft treten also trotzdem nach einem Monat ein und damit in der Regel noch bevor über die Vollstreckungsgegenklage entschieden worden ist. Es taucht also auch bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen früher oder später ein Zusammenhang mit der Rechtskraft auf.

Gleichwohl zeigt das Argument von *Otto*, daß § 767 Abs. 2 ZPO zumindest für einen Zeitraum von einem Monat eine Präklusion anordnet, die neben die Präklusionswirkung der Rechtskraft tritt und deshalb keine Rechtskraftpräklusion sein kann [48]. Nach Eintritt der Rechtskraft werden sich diese "rechtskraftfremde" und die Rechtskraftpräklusion weitgehend decken. Festzuhalten ist aber,daß § 767 Abs. 2 ZPO keine Rechtskraftpräklusion enthält.

(3) STREITGEGENSTAND

Die Tatsache, daß der Schuldner sich mit Hilfe der Vollstreckbarkeit nicht gegen das Urteil wendet, sondern nur dem Urteil seine Vollstreckbarkeit nehmen will, macht auch *Gilles* [49] zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen.

Die Rechtskraft eines Urteils könne einer neuen Klage immer nur dann entgegenstehen, wenn es um denselben Streitgegenstand gehe (objektive Grenze der Rechtskraft). Streitgegenstand der Klage des Gläubigers sei ein materieller Anspruch, Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage dagegen allein das Begehren des Schuldners auf Vernichtung der Vollstreckbarkeit, dagegen weder daneben noch allein

47) *Grunsky*, S. 87 f.; *Wieczorek*, § 767 Anm. D I b 1; *Schönke - Baur*, S. 195, der entgegen der herrschenden Meinung im umgekehrten Fall davon ausgeht, daß neben der Vollstreckungsgegenklage die Berufung zulässig ist.

48) Deshalb kann dem RGZ 144, 22o ff. (222) nicht gefolgt werden, daß § 767 Abs. 2 ZPO eine Rechtskraftpräklusion normiert.

49) *Gilles*, ZZP, 83, S. 89 f. FN 123.

die Frage, ob der materielle Anspruch heute noch zuzuerkennen wäre beziehungsweise heute noch besteht [50]. Da er, allerdings ohne Begründung, weiter davon ausgeht, daß der materielle Anspruch des Gläubigers auch keine entscheidungserhebliche Vorfrage für die Entscheidung über die Vollstreckungsgegenklage sei, tauchen für ihn im Rahmen des § 767 Abs. 2 ZPO keinerlei Rechtskraftprobleme auf.

Auch wenn man berücksichtigt, daß *Gilles* in seinem Aufsatz in vielen Punkten der herrschenden Meinung zur Vollstreckungsgegenklage entgegentritt [51], so stimmen seine Ausführungen zum Streitgegenstand doch mit ihr überein. So hebt auch *Rosenberg* [52] hervor, daß der materielle Anspruch nicht Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage ist [53].

Der materielle Anspruch des Gläubigers könnte aber für die Vollstreckungsgegenklage entscheidungserhebliche Vorfrage sein. Das wäre dann der Fall, wenn man die Vollstreckungsgegenklage als eine negative Feststellungsklage ansehen würde, das heißt als Klage, die darauf gerichtet ist, festzustellen, daß der prozessuale Leistungsanspruch oder der materiellrechtliche Leistungsanspruch nicht mehr besteht [54]. Von der weitaus herrschenden Meinung wird die Vollstreckungsgegenklage dagegen zu Recht als prozessuale Gestaltungsklage angesehen [55]. Eine zulässige und begründete Vollstreckungsgegenklage läßt den Leistungsbefehl völlig unberührt. Das Urteil bleibt, ebenso wie die Kostenentscheidung, voll erhalten [56], es wird ihm nur eine Wirkung, nämlich die Vollstreckbarkeit, genommen.

---

50) *Gilles*, ZZP 83, S. 75 f., FN 59; auch *Wein*, S. 8.
51) So geht er davon aus, daß es sich bei den Einwendungen nicht um materiellrechtliche Einwendungen gegen den materiellrechtlichen Anspruch handelt, sondern um Einwendungen gegen den zuerkannten prozessualen Anspruch.
52) *Rosenberg*, S. 969; auch *Stein - Jonas - Pohle*, 19. Aufl., § 767 Anm. I 1.
53) Siehe auch *Thomas - Putzo*, § 767 Anm. 2 a.
54) Siehe *Bettermann*, S. 43 ff. (46); auch *Hellwig*, Anspruch, S. 166, FN 12, der diese Frage, wenn auch nicht ausschließlich, so doch auch zum Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage zählt.
55) Statt aller *Schönke - Kuchinke*, S. 187.
56) So schon *Falkmann - Mugdan*, S. 397 mit weiteren Nachweisen in FN 36.

Die Tatsache leuchtet am Beispiel der Erfüllung ohne weiteres ein. Gründet der Schuldner seine Vollstreckungsgegenklage auf den Einwand der Erfüllung, so will er damit nicht festgestellt haben, daß der Anspruch des Gläubigers nunmehr nach § 362 BGB erloschen sei, sondern er will nur erreichen, daß der Gläubiger aus diesem Titel nicht mehr vollstrecken kann. Er begehrt also eine Gestaltung des Gerichts dahingehend, dem Urteil die Vollstreckungswirkung zu nehmen [57]. Nicht anders ist es aber, wenn er die Vollstreckungsgegenklage auf eine erklärte Aufrechnung oder Anfechtung stützt. Auch dann begehrt er nicht die Feststellung, daß der Anspruch - sogar rückwirkend - erloschen sei, sondern er begehrt eine Gestaltung, indem dem bestehenden und bestehend bleibenden Urteil die Vollstreckungswirkung genommen wird.

Nur dann, wenn man davon ausgeht, daß der Schuldner entweder allein oder zumindest auch die Feststellung begehrt, daß der Anspruch nicht mehr besteht, kann insbesondere bei den Gestaltungsrechten mit Rückwirkung ein Rechtskraftproblem auftauchen. Nur dann ist es denkbar, daß sich der Richter, der die Voraussetzungen einer wirksamen Anfechtung bejaht, damit in Widerspruch zu dem rechtskräftigen Leistungsurteil stellt. Es kann nämlich nicht geleugnet werden, daß der Richter im Rahmen der Begründetheit der Vollstreckungsgegenklage zu prüfen hat, ob der Anspruch des Gläubigers unter Zugrundelegung der heutigen geänderten Umstände noch zuerkannt werden könnte. Insofern handelt es sich um eine erneute Prüfung desselben Anspruchs nach neu entstandenen Gründen, so daß Rechtskraftprobleme auftreten, wenn man eine dahingehende Feststellung mit als Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage ansieht.

Dieses Rechtskraftproblem kann aber dann nicht auftauchen, wenn man mit der herrschenden Meinung davon ausgeht, daß

---

57) Das wird auch in diesen unproblematischen Fällen nicht immer beachtet, siehe *Staudinger - Werner*, § 242 Anm. D 525, wo § 767 ZPO als ein Fall der Beseitigung einer rechtskräftigen Entscheidung aufgeführt wird.

es sich bei der Vollstreckungsgegenklage um eine prozessuale Gestaltungsklage handelt [58]. Dann kann es sich bei dieser Prüfung nur um eine Inzidentprüfung handeln. Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage bleibt dann aber allein das Begehren, die Vollstreckbarkeit des Titels zu beseitigen.

(4) ZWISCHENERGEBNIS

Als Zwischenergebnis bleibt also festzustellen, daß sich bei der Vollstreckungsgegenklage keine Rechtskraftprobleme hinsichtlich des zu vollstreckenden Urteils ergeben. Beide Klagen haben einen unterschiedlichen Streitgegenstand und das Bestehen des Anspruchs des Gläubigers ist auch keine entscheidungserhebliche Vorfrage für die Entscheidung über die Vollstreckungsgegenklage.

Dieses Ergebnis folgt daraus, daß der Schuldner mit der Vollstreckungsgegenklage weder das rechtskräftige Urteil beseitigen will noch die Feststellung begehrt, daß der Anspruch des Gläubigers nicht mehr besteht. Es geht ihm einzig und allein um die Vollstreckbarkeit des Urteils, also um eine Wirkung, die unabhängig von der Rechtskraft besteht. Da bei der Vollstreckungsgegenklage somit keinerlei Rechtskraftprobleme bestehen, kann der in dem Eintritt der Rechtskraft bestehende Unterschied zwischen § 529 Abs. 5 ZPO in seiner direkten Anwendung und dem hier zu lösenden Problem einem Ähnlichkeitsschluß nicht entgegenstehen.

bb. WEITERE UNTERSCHIEDE

Ein weiterer Unterschied zwischen § 529 Abs. 5 ZPO und dem zu lösenden Problem besteht darin, daß der Berufungskläger mit der Berufung das Ziel verfolgt, ein erstinstanzliches

---

58) Im Ergebnis ebenso *Lukes*, ZZP 72, 99 ff. (114 f.). Er will die Vollstreckungsgegenklage bei sittenwidrig erschlichenen Urteilen dem Schuldner (statt § 826 BGB) geben. Ein Rechtskraftproblem taucht für ihn in diesem Zusammenhang nicht auf, weil nicht die materielle Rechtskraft, sondern die Vollstreckbarkeit angegriffen werde. Dagegen aber *Gaul*, JuS 1962, 1 ff. (5 f.).

Urteil zu beseitigen und durch eine neue Entscheidung zu ersetzen [59]. Dagegen will der Kläger der Vollstreckungsgegenklage das Urteil nicht beseitigen, sondern ihm die Vollstreckbarkeit nehmen. Schließlich ist zu beachten, daß der Berufungskläger mit der Berufung nur gegen Urteile vorgehen kann, der Vollstreckungsschuldner mit der Vollstreckungsgegenklage dagegen gegen alle die Titel, aus denen eine Vollstreckung möglich ist [60].

Auch diese Unterschiede stehen einem Ähnlichkeitsschluß aber nicht entgegen. Bei der Frage, inwieweit neues Vorbringen zuzulassen ist oder nicht, stehen nicht die Überlegungen im Vordergrund, wogegen sich das neue Vorbringen richtet und welche Wirkungen die Zulassung des neuen Vorbringens hat. Diese Überlegungen sind nur dann von Bedeutung, wenn ein Zusammenhang mit der Rechtskraft besteht und es darum geht, die Wirkungen der Rechtskraft zu schützen. Solange durch das neue Vorbringen keine Kollision mit der Rechtskraft eintritt - und das ist weder bei der Berufung noch bei der Vollstreckungsgegenklage der Fall [61] - steht eine andere Wertung des Gesetzgebers im Vordergrund.

Entscheidend ist die Gemeinsamkeit zwischen Berufung und Vollstreckungsgegenklage, daß der Beklagte beziehungsweise Schuldner im Laufe des bisherigen Verfahrens objektiv die Möglichkeit hatte, den Einwand der Aufrechnung vorzubringen. In den Fällen, in denen diese Möglichkeit fehlte, taucht für die Vollstreckungsgegenklage die Frage einer analogen Anwendung des § 529 Abs. 5 ZPO nicht auf. Das zeigt auch die Regelung des § 797 Abs. 4 ZPO, nach der bei vollstreckbaren Urkunden die Beschränkung des § 767 Abs. 2 ZPO entfällt. Diese Norm war erforderlich, weil der Vollstreckungsschuldner zuvor keine Möglichkeit hatte, Einwendungen geltend zu machen. Außerdem ist dies dem Wortlaut

---

59) beziehungsweise aufzuheben und die Streitigkeit an die erste Instanz zurückzuweisen, §§ 538, 539 ZPO.
60) Siehe § 794 ZPO.
61) Dazu oben aa.

des § 767 Abs. 2 ZPO zu entnehmen. Hatte der Schuldner die objektive Möglichkeit des Vorbringens noch nicht, so können sich die beiden Forderungen erst nach dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens aufrechenbar gegenübergetreten sein. In diesem Fall bestand also der Grund der Einwendung noch nicht, so daß die Voraussetzungen der Beschränkung der Zulässigkeit nach § 767 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Deshalb ist es in diesem Zusammenhang unerheblich, daß § 529 Abs. 5 ZPO den Berufungskläger auch dann mit der Aufrechnung ausschließen kann, wenn die Voraussetzungen der Aufrechnung in der ersten Instanz noch nicht gegeben waren [62].

Hier kommt es vielmehr auf die Regelung an, die diese Vorschrift für die Fälle trifft, in denen der Berufungskläger schon in der ersten Instanz den Einwand der Aufrechnung hätte geltend machen können. Nur dann kommt eine analoge Anwendung im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage in Betracht. Für diese Fälle hat der Gesetzgeber in § 529 Abs. 5 ZPO die Wertung getroffen, daß das neue Vorbringen der Aufrechnung unter gewissen Voraussetzungen trotz der Möglichkeit des früheren Vorbringens noch zuzulassen ist.

c. ÄHNLICHKEITSSCHLUSS

§ 529 Abs. 5 ZPO enthält also die Wertung des Gesetzgebers, daß die Aufrechnung trotz der objektiven Möglichkeit ihres früheren Vorbringens in einem späteren Verfahren zuzulassen ist, wenn der Gläubiger in die Zulassung einwilligt oder das Gericht die Zulassung für sachdienlich erachtet.

Diese Bestimmung hat der Gesetzgeber ausdrücklich nur für den Fall der Berufung getroffen. Die Unterschiede zwischen dem Verhältnis von Berufung zu erster Instanz und dem Verhältnis vom Vollstreckungsverfahren zum Erkenntnisverfahren berühren aber nicht diese Wertung des Gesetzgebers.

---

62) BGHZ 17, 124 ff.; *Baumbach - Lauterbach*, § 529 Anm. 5 B.

Wie bei der Berufung, so taucht auch bei der Vollstreckungsgegenklage das Problem auf, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Schuldner noch mit dem Einwand der Aufrechnung zugelassen werden kann, wenn er diesen schon in einem früheren Zeitpunkt hätte geltend machen können. Damit ist diese Interessenlage der Interessenlage zur Berufung trotz der bestehenden Unterschiede hinreichend ähnlich, so daß eine analoge Anwendung des § 529 Abs. 5 ZPO möglich ist.

3. ERGEBNIS

Daher ist der Einwand der Aufrechnung bei der Vollstreckungsgegenklage in analoger Anwendung des § 529 Abs. 5 ZPO noch möglich, obwohl die Aufrechnungslage bereits vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens bestand, wenn der Vollstreckungsgläubiger in die Zulassung einwilligt oder das Gericht diese für sachdienlich erachtet.

Eine Einwilligung des Vollstreckungsgläubigers dürfte nur dann in Betracht kommen, wenn der Bestand der Gegenforderung zwischen den Parteien unstreitig ist. Ist er dagegen streitig, so hat der Gläubiger ein Interesse daran, zunächst bezüglich seines Anspruchs vollstrecken zu können. Regelmäßig wird er also nicht in die Zulassung einwilligen. Entscheidender ist also die Möglichkeit der Zulassung, wenn das Gericht diese für sachdienlich erachtet. Sachdienlichkeit wird sicher dann zu bejahen sein, wenn durch die Zulassung keine wesentliche Verzögerung eintritt. Ist der Bestand der Gegenforderung sowie die Wirksamkeit der Aufrechnung rechtlich und tatsächlich einfach, so daß praktisch schon Spruchreife besteht, so ist es prozeßökonomisch sinnvoll, den Einwand im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage zu entscheiden und damit die Zwangsvollstreckung zu beenden. Andernfalls müßte die Zwangsvollstreckung fortgesetzt werden, und der Vollstreckungsschuldner würde einen neuen Rechtsstreit über seine Gegenforderung anhängig machen, der wiederum möglicherweise mit einem Zwangsvollstreckungsverfahren enden würde.

In den Fällen aber, in denen eine Entscheidung über die Gegenforderung Schwierigkeiten aufwirft, wird die Sachdienlichkeit regelmäßig zu verneinen sein. Das folgt daraus, daß das Verfahren über die Forderung, gegen die der Schuldner aufrechnen will, durch den Eintritt in das Zwangsvollstreckungsverfahren praktisch beendet ist. Da die Verneinung der Sachdienlichkeit für den Schuldner auch nicht zu einem Rechtsverlust führt, ist es ihm zuzumuten, seine Gegenforderung selbständig geltend zu machen. Eine Zulassung für die Vollstreckungsgegenklage wäre in diesen Fällen auch deshalb nicht sachdienlich, weil mit der Gegenforderung ein völlig neuer Streitstoff zur Entscheidung gestellt würde, und dazu neue Beweisaufnahmen notwendig wären, obwohl das Verfahren über die Forderung des Gläubigers praktisch beendet ist.

Die Sachdienlichkeit wird sicher auch in den Fällen zu verneinen sein, in denen der Vollstreckungsschuldner den Einwand der Aufrechnung offenbar nur deshalb erhebt, um seinen Gläubiger zu schikanieren [63]. Daher wird durch die analoge Anwendung des § 529 Abs. 5 ZPO dem Schuldner nicht die Möglichkeit der Schikane gegeben.

II. IRRTUMSANFECHTUNG

Ein weiteres mit einer Rückwirkung der Erklärung versehenes Gestaltungsrecht ist die Irrtumsanfechtung nach §§ 119 ff. BGB. Bei diesem Gestaltungsrecht besteht aber gegenüber der Aufrechnung eine Besonderheit. Gemäß § 121 BGB ist die Anfechtung nur möglich, wenn der Schuldner die Erklärung unverzüglich nach Kenntniserlangung von dem Anfechtungsgrund abgibt. Daraus folgt, daß die Fälle, in denen der Schuldner sein Anfechtungsrecht schon vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung kannte, die Anfechtungserklärung aber gleichwohl nicht unverzüglich abgegeben hat, ausgeklammert werden können. In diesen Fällen verliert der Anfechtungsbe-

63) *Baumbach - Lauterbach*, § 264 Anm. 4 B.

rechtigte sein Anfechtungsrecht bereits nach materiellem Recht. Ein Verlust dieser Rechtsposition ist also niemals die Folge einer Präklusion des § 767 Abs. 2 ZPO. Es bleiben daher nur die Fälle zu untersuchen, in denen der Schuldner von seinem Anfechtungsrecht vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung keine Kenntnis hatte, denn nur dann kann eine Anfechtung im Vollstreckungsverfahren noch unverzüglich im Sinne des § 121 BGB sein.

1. AUSLEGUNG

Eine Entscheidung darüber, ob der Schuldner in diesen Fällen mit dem Einwand der vollzogenen Anfechtung nach § 119 BGB im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage zugelassen werden kann, könnte sich aus der Auslegung des § 767 Abs. 2 ZPO unter dem speziellen Gesichtspunkt der Irrtumsanfechtung ergeben.

a. WORTLAUT UND SYSTEMATISCHE STELLUNG

Soweit es um die wörtliche und systematische Auslegung des § 767 Abs. 2 ZPO geht, kann auf die obigen Ausführungen zur Aufrechnung [64)] verwiesen werden. Der Wortlaut läßt sowohl ein Abstellen auf die Gestaltungslage als auch auf die Anfechtungserklärung zu. Wie bei der Aufrechnung, so kann auch bei der Irrtumsanfechtung die Rückwirkung der Erklärung den Wortlaut nicht erhellen.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Systematik ergeben sich keine wesentlichen Änderungen zur Aufrechnung. Allerdings kann der sich aus der systematischen Stellung ergebende Zweck des § 767 ZPO, einen Ausgleich zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht zu schaffen, bei der Anfechtung noch weniger erreicht werden. Durch ein Abstellen auf die Anfechtungslage wird der Vollstreckungsschuldner nicht nur in diesem Verfahren mit dem Einwand der Anfechtung präkludiert, sondern er verliert diese materielle Rechtsposition völlig. Während er bei der Aufrechnung die Möglichkeit

---

64) Dazu oben I 1 a und b.

hat, seine Gegenforderung selbständig geltend zu machen, so daß die materielle Rechtsposition zumindest wirtschaftlich in seinem Vermögen erhalten bleibt, verliert er das Anfechtungsrecht endgültig.

Bei der Anfechtung wird also noch deutlicher, daß ein Abstellen auf die Anfechtungslage den Zweck des § 767 ZPO überhaupt nicht erfüllen kann. Trotzdem kann die Notwendigkeit eines Abstellens auf die Anfechtungserklärung aus der systematischen Auslegung auch nicht gefolgert werden. Es würde dadurch der Zweck, auch die objektive Rechtsordnung zu wahren und Rechtsfrieden zu schaffen, unberücksichtigt bleiben.

Weder aus dem Wortlaut noch aus der Systematik läßt sich also eine Antwort auf die Frage finden, ob die Anfechtungserklärung zu dem Grund der Einwendung gehört oder nicht.

b. GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG

Ein Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung der Irrtumsanfechtung zeigt aber, daß die Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO, der schon im gemeinen Recht als § 686 ZPO i.d.F. von 1877 galt, vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches keine Schwierigkeiten bereiten konnte.

aa. REGELUNG DES IRRTUMS VOR EINFÜHRUNG DES BÜRGERLICHEN GESETZBUCHES

Im gemeinen Recht war heftig umstritten, welcher Irrtum erheblich sei und ob der Teil der Willenserklärung, der nicht auf einem Irrtum beruhte, Bestand hätte [65]. Einigkeit bestand im wesentlichen aber darin, daß der Irrtum, der erheblich sei, die Willenserklärung nichtig mache [66]. Die Nichtigkeit wurde damit begründet, daß Erklärung und Wille nicht übereinstimmten. Der Irrtum wurde also wie

65) Einen Überblick über die Entwicklung der Meinungen zum Irrtum gibt *Zitelmann*, S. 6 ff.
66) *Windscheid*, Bd. I, S. 199 mit weiteren Nachweisen in FN 1.

ein einseitiger Dissens behandelt. Diese Anschauung wurde auch in §§ 95, 837 ff. des sächsischen Gesetzbuches vertreten [67] und kann als die damals herrschende Meinung betrachtet werden.

Einen etwas anderen Standpunkt nahmen das ALR und der code civil ein. So gab Art. 1117 des code civil dem Irrenden nur eine "action en nullité ou en rescision" [68]. Nach preussischem Recht sollte nur relative Nichtigkeit eintreten, eine Rechtsfolge, die teilweise auch als Anfechtbarkeit bezeichnet wurde. Aber nur wenige Autoren gingen davon aus, daß die Anfechtbarkeit nicht bereits Ungültigkeit sei, sondern nur die Möglichkeit eröffne, das Rechtsgeschäft ungültig zu machen [69]. Nach überwiegender Ansicht sollte Anfechtbarkeit immer dann bestehen, wenn eine Willenserklärung zwar eine rechtliche Wirkung zunächst erzeugte, der entsprechende Zustand aber nicht herbeigeführt oder erhalten bleiben konnte. Das war einmal denkbar, weil eine Einrede bestand, zum anderen, weil Wiederaufhebung verlangt werden konnte, entweder durch Tätigkeit eines Richters oder durch Tätigkeit desjenigen, zugunsten dessen die Wiederaufhebungsmöglichkeit besteht [7o]. Nur der letztere Fall ist mit dem heutigen Begriff der Anfechtbarkeit identisch. Entscheidend ist aber, daß auch das anfechtbare Rechtsgeschäft schon als in seiner Kraft gehemmt ange-

---

67) § 95 sächsisches Gesetzbuch lautet: "Wegen Irrthums, er bestehe in Nichtwissen oder in Falschwissen, ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn der Wille nicht auf dieses Rechtsgeschäft gerichtet war, insbesondere wenn der Irrthum die Identität des Gegenstandes oder, dafern es nach der Natur des Rechtsgeschäfts auf die Person ankommt, die Identität der letzteren betrifft."

68) Art. 1117 code civil lautet: "La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit, elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière, expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre."

69) Siehe die Nachweise bei *Windscheid*, Bd. I, S. 222, FN 7.

7o) *Windscheid*, Bd. I, S. 219 ff.

sehen wurde, ebenso wie das nichtige Rechtsgeschäft.Ein Unterschied sollte nur noch im Grade und in der Art und Weise der Hemmung bestehen [71].

Festzuhalten ist also, daß die herrschende Meinung, insbesondere das sächsische Gesetzbuch und die gemeinrechtliche Jurisprudenz, als Wirkung des beachtlichen Irrtums Nichtigkeit annahmen. Aber auch für die Mindermeinung, für die die Wirkung in einer Anfechtbarkeit bestand, war das Rechtsgeschäft allein durch diesen Zustand in seiner Kraft gehemmt.

Die Vertreter der Anfechtungslehre gingen überwiegend davon aus, daß die Form der Anfechtung ein Prozeßakt sei, nämlich entweder Klage oder Einrede [72]. Für sie hatte die Anfechtungserklärung damit nur die Bedeutung einer Willensmitteilung, indem sie die Drohung enthielt, durch Klage oder Einrede anzufechten. Die Anfechtungserklärung war aber kein Rechtsgeschäft und führte selbst die materielle Rechtsänderung nicht herbei [73].

Diese Rechtslage brachte für die Anwendung des damaligen § 686 ZPO a.F. keine Schwierigkeiten. Eine Erklärung der Anfechtung in dem Sinne, daß schon durch sie die materielle Rechtsänderung eintrat, gab es nicht. Daher konnte nur auf die "Anfechtungslage" abgestellt werden, weil diese Lage auch die materiellrechtlichen Folgen hatte. Entweder hatte die Irrtumslage bereits die Wirkung der Nichtigkeit oder aber es bestand eine Anfechtbarkeit, die bereits eine Hemmung der Kraft des Rechtsgeschäftes zur Folge hatte.

---

71) *Windscheid*, a.a.O., FN 7 (S. 222); *Goldberg*, S. 7o.
72) *R. Leonhard*, Allgemeiner Theil, S. 446.
73) *Leonhard*, a.a.O. (FN 72).

bb. ENTWURF DES BGB

Der Entwurf des BGB folgte der Ansicht, die als Rechtsfolge des Irrtums Nichtigkeit annahm [74] und damit der herrschenden Meinung. Erst in der dritten Kommission wurde die Irrtumsregelung als Anfechtungs- und damit als Gestaltungsrecht ausgebildet [75]. Dabei war die Überlegung entscheidend, daß dem Irrenden freigestellt werden solle, ob die Willenserklärung trotz des Irrtums Bestand haben solle oder nicht. Entscheide er sich für das letztere, so sei er durch die Notwendigkeit einer Anfechtungserklärung nicht unbillig belastet. Dem Gegner der Anfechtung geschehe ebenfalls kein Unrecht, wenn die Willenserklärung, die er für wirksam gehalten habe, beim Unterlassen der Anfechtung auch wirksam bleibe. Für den Fall der Anfechtung werde er durch die Ersatzpflicht des negativen Interesses hinreichend geschützt.

In § 112 des Entwurfs zum BGB hat der Gesetzgeber den Begriff der Anfechtbarkeit definiert und deren Wirkungen festgestellt. Unter Anfechtbarkeit verstand der Gesetzgeber diejenige Ungültigkeit, kraft derer dem Rechtsgeschäft die Gültigkeit nicht sofort, sondern erst durch eine entsprechende Willenserklärung des Berechtigten entzogen wird. Insofern sollte es sich um eine auflösende Gesetzesbedingung handeln [76]. Diese Ungültigkeit sollte aber auch rückwirkend gelten.

Durch diese Rückwirkung der Anfechtungserklärung bezweckte der Gesetzgeber aber nicht, die Bedeutung der Anfechtungserklärung abzuschwächen, indem letztlich doch auf die Anfechtungslage abgestellt werde. Den Motiven zum BGB [77] ist zu entnehmen, daß die Rückwirkung aus anderen Gründen bestimmt wurde. Durch die Rückwirkung wollte der Gesetzgeber zunächst erreichen, daß der frühere Zustand unter den Par-

---

74) Motive zum BGB, Bd. I, S. 2oo.
75) *Mugdan*, Bd. I, S. 714 ff.
76) Motive zum BGB, Bd. I, S. 218 ff. (219).
77) a.a.O.

teien nach erfolgter Anfechtung von Rechtswegen wieder hergestellt wurde. Zum anderen sollte dadurch sichergestellt werden, daß die Anfechtbarkeit auch gegen Dritte wirkt. Nur durch eine Rückwirkung konnte erreicht werden, daß Dritte nicht in der Zeit zwischen Abschluß des Rechtsgeschäftes und erfolgter Anfechtung Rechte an dem aufgrund des anfechtbaren Rechtsgeschäftes übertragenen Gegenstand vom Berechtigten erwerben konnten. Der Schutz des Dritten sollte sich ausschließlich nach den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb richten, so daß Kenntnis der Anfechtbarkeit beziehungsweise grob fahrlässige Unkenntnis deren Rechtserwerb hinderten. Damit sollte der Schutz des Anfechtungsberechtigten ausgedehnt werden. Aus der Rückwirkung der Anfechtungserklärung kann daher nicht gefolgert werden, daß auch für den Gesetzgeber der Zeitpunkt der Anfechtungslage, also der Abgabe der anfechtbaren Willenserklärung, entscheidend war.

Diese Kehrtwendung im materiellen Recht hätte es bedingt, die Anfechtung in der Zwangsvollstreckung neu zu regeln. § 686 ZPO a.F. konnte die Einwendung der Anfechtung nicht mehr befriedigend lösen. Auf die Anfechtungslage abzustellen, ging nicht mehr an, weil nunmehr allein die Erklärung konstitutive Wirkung hatte. Ein Abstellen auf die Erklärung, das nach dem Wortlaut der Vorschrift auch möglich ist, konnte nicht befriedigen, weil dadurch den besonderen Erfordernissen des Prozesses nicht genügt werden konnte.

Gleichwohl hat der Gesetzgeber, als er 1898 in einer Novelle die ZPO an das neue BGB anpaßte, § 686 ZPO a.F. in § 767 Abs. 2 ZPO wörtlich übernommen. Daraus könnte man zwar schließen, daß für die Zwangsvollstreckung weiterhin die Anfechtungslage entscheidend sein sollte. Wegen der zahlreichen Änderungen, die durch das BGB in anderen Rechtsgebieten erforderlich wurden, scheint es mir aber zutreffender zu sein, daß der Gesetzgeber die erforderliche Neuregelung des § 767 Abs. 2 ZPO übersehen hat, so daß die Vorschrift für das Anfechtungsrecht eine Regelungslücke enthält.

2. ANALOGIE

Diese Regelungslücke könnte wiederum durch eine analoge Anwendung der Vorschriften geschlossen werden, in denen der Gesetzgeber die Zulässigkeit neuen Vorbringens in anderen Verfahrensstadien geregelt hat. Eine derartige Vorschrift ist der § 529 ZPO.

Eine analoge Anwendung des § 529 Abs. 5 ZPO wie bei der Aufrechnung kommt nicht in Betracht. Dieser Absatz ist im Verhältnis zu § 529 Abs. 1 und 2 lex specialis, der nur für die Aufrechnung gilt. Deren Zulassung wird gegenüber den Absätzen 1 und 2 an erschwerte Voraussetzungen geknüpft, was dadurch gerechtfertigt ist, daß die Nichtzulassung nicht zu einem endgültigen Rechtsverlust führt. Eine Nichtzulassung des Einwandes der Anfechtung führt aber zu einem endgültigen Rechtsverlust, so daß die Wertung des § 529 Abs. 5 ZPO für die Anfechtung nicht paßt.

Es kommt daher eine analoge Anwendung des § 529 Abs. 1 und 2 in Betracht. Nach dieser Vorschrift ist das Vorbringen neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsverfahren grundsätzlich zulässig. Eine Einschränkung gilt nur dann, wenn sie im ersten Rechtszug hätten vorgebracht werden können und nunmehr die Erledigung des Rechtsstreits verzögern. In diesem Falle sind sie nur zuzulassen, wenn nach Überzeugung des Gerichts die Partei das Vorbringen im ersten Rechtszug weder aus Prozeßverschleppungsabsicht noch aus grober Nachlässigkeit unterlassen hatte.

a. WERTUNG DES GESETZGEBERS IN § 529 ABS. 1, 2 ZPO

In dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber die Wertung getroffen, daß im Interesse eines richtigen Urteils grundsätzlich neues Vorbringen zuzulassen ist. Den besonderen Bedürfnissen des Prozesses hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, daß das Vorbringen ausnahmslos nur dann zulässig ist, wenn keine Prozeßverzögerung eintritt. In diesen Fällen kann ein Ausschluß auch mit prozeßrechtlichen

Gesichtspunkten nicht gefordert werden, weil weder der Grundsatz der Beschleunigung noch der Konzentration des Verfahrens beeinträchtigt werden.

Zusätzliche Voraussetzungen für die Zulässigkeit des neuen Vorbringens sind aus den obigen Gründen aber dann erforderlich, wenn eine Prozeßverzögerung eintritt. Hier könnten die Erfordernisse der Beschleunigung und Konzentration des Verfahrens sogar einen völligen Ausschluß rechtfertigen. Der Gesetzgeber hat den Ausschluß aber an subjektive Kriterien der Partei gebunden. Solange diese weder grob nachlässig noch aus Prozeßverschleppungsabsicht das Vorbringen in der ersten Instanz unterlassen hat, war für den Gesetzgeber die Übereinstimmung mit dem materiellen Recht bedeutender. Insofern hat er also eine Prozeßverzögerung im Interesse eines richtigen Urteils bewußt in Kauf genommen.

b. VERGLEICH MIT DER ZU LÖSENDEN FRAGE

Auch bei der hier zu lösenden Frage geht es darum, wann der Einwand der Anfechtung noch zuzulassen ist, obwohl bereits in einem früheren Verfahren, hier dem Erkenntnisverfahren, die Anfechtung objektiv möglich gewesen wäre. Die Unterschiede zwischen dem direkten Anwendungsbereich des § 529 ZPO und der hier zu lösenden Frage stehen einem Ähnlichkeitsschluß, wie oben ausführlich dargelegt [78], nicht entgegen.

c. ÄHNLICHKEITSSCHLUSS

Da also der Anwendungsbereich des § 529 ZPO und die hier zu lösende Frage eine hinreichende Ähnlichkeit aufweisen, kann § 529 Abs. 1, 2 ZPO analog angewandt werden. Aus der analogen Anwendung ergibt sich, daß der Einwand der Anfechtung nach § 119 BGB auch noch im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage grundsätzlich zulässig ist.

---

78) Dazu oben I 2 b.

Eine Ausnahme von der Zulassung der Anfechtung nach § 119 BGB besteht aber dann, wenn eine Prozeßverzögerung eintritt - was fast immer der Fall sein wird - und diese von der Partei infolge grober Nachlässigkeit oder gar Prozeßverschleppungsabsicht verursacht worden ist. Bezüglich dieser beiden Tatbestandsmerkmale des § 529 Abs. 2 ZPO ist aber wiederum die Anfechtungsfrist des § 121 BGB zu beachten. Danach muß der Anfechtungsberechtigte die Anfechtungserklärung unverzüglich abgeben, sobald er von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Daraus ergibt sich zunächst, daß eine Nichtzulassung wegen Prozeßverschleppungsabsicht bei der Irrtumsanfechtung nicht denkbar ist. Prozeßverschleppungsabsicht setzt voraus, daß der Schuldner Kenntnis von dem Anfechtungsgrund hatte. Erklärt er die Anfechtung gleichwohl noch nicht in dem Erkenntnisverfahren, so ist die Anfechtung nicht unverzüglich erfolgt, so daß er sein Anfechtungsrecht schon nach materiellem Recht verloren hat. Die Nichtzulassung ist dann also kein Fall einer Präklusion, sondern Folge des § 121 BGB. Deshalb konnten auch die Fälle der Kenntnis des Anfechtungsgrundes aus der obigen Untersuchung ausgeschlossen werden.

Bedeutung hat dagegen das Merkmal der groben Nachlässigkeit. Dieses kann sich nämlich auf die fehlende Kenntnis beziehen, so daß die Möglichkeit besteht, daß der Schuldner, der sein Anfechtungsrecht nicht kannte und damit sein Anfechtungsrecht nicht nach § 121 BGB verlieren konnte, mit der Anfechtung wegen grober Nachlässigkeit entsprechend § 529 Abs. 1 und 2 ZPO ausgeschlossen werden kann.

3. ERGEBNIS

Als Ergebnis für die Irrtumsanfechtung ist damit folgendes festzustellen:
In den Fällen, in denen der Schuldner sein Anfechtungsrecht zur Zeit des Erkenntnisverfahrens kannte, verliert er dieses nach § 121 BGB. In den Fällen, in denen er das Anfechtungsrecht nicht kannte, ist § 529 Abs. 1 und 2 ZPO analog anzuwenden. Danach ist der Schuldner mit dem Einwand zuzulassen,

wenn dadurch keine Prozeßverzögerung eintritt oder zwar eine Prozeßverzögerung eintritt, der Schuldner aber ein früheres Vorbringen nicht grob nachlässig unterlassen hat. Der Fall der Prozeßverschleppungsabsicht hat daneben keine Bedeutung, weil der Schuldner in den Fällen sein Anfechtungsrecht bereits nach materiellem Recht, § 121 BGB, verliert.

Dieses Ergebnis deckt sich nicht mit dem der subjektiven Theorie. Zwar verliert der Schuldner auch nach dieser Theorie sein Anfechtungsrecht dann, wenn er es vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung kannte. Für die subjektive Theorie ist dies aber eine Folge der Präklusionswirkung des § 767 Abs. 2 ZPO, während es sich nach der hier vertretenen Auffassung um eine Folge des § 121 BGB handelt, also um eine im materiellen Recht geregelte Folge. Außerdem muß die subjektive Theorie den Einwand der Anfechtung immer dann zulassen, wenn der Schuldner sein Anfechtungsrecht nicht kannte, während die analoge Anwendung des § 529 Abs. 1, 2 ZPO dazu führt, daß der Schuldner auch dann mit dem Einwand der Anfechtung nicht mehr zugelassen wird, wenn das bisherige Nichtvorbringen auf grober Nachlässigkeit beruhte.

Das Ergebnis führt für den Gläubiger keineswegs zu untragbaren Konsequenzen [79]. Die im materiellen Recht zum Ausdruck gekommene Wertung zeigt, daß der Gläubiger in den Fällen, in denen sein Anspruch aus einem anfechtbaren Rechtsgeschäft entspringt, keinen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse hat. Geschützt wird sein Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung nur insoweit, als ihm unter den Voraussetzungen des § 122 BGB Ersatz des negativen Interesses zugebilligt wird. Die Pflicht zum Ersatz des negativen In-

---

79) A.A. offenbar *Dreykluft*, S. 93 f. Er will den Schuldner mit der Irrtumsanfechtung präkludieren, weil der Gläubiger hinsichtlich des Entstehens der Gestaltungslage schuldlos und gutgläubig ist.

teresses schließt die Pflicht zum Ersatz der Schäden ein, die der Gläubiger durch die bei ihm entstandenen Kosten des bisherigen Prozesses erlitten hat. Diese Kosten sind durch das Vertrauen auf den Bestand der Willenserklärung entstanden und damit gemäß § 122 BGB zu ersetzen [80], es sei denn, daß der Gläubiger die Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte [81], § 122 Abs. 2 BGB.

III. ANFECHTUNG NACH § 123 BGB

Ein weiterer Fall der Anfechtung ist die wegen arglistiger Täuschung gemäß §§ 123, 142 BGB. In ihren Wirkungen unterscheidet sie sich nicht wesentlich von der Irrtumsanfechtung, mit Ausnahme der Tatsache, daß die Schadensersatzpflicht des Anfechtenden auf das negative Interesse bei der Anfechtung nach § 123 BGB nicht entsteht. Außerdem muß der Anfechtungsberechtigte die Anfechtung nicht unverzüglich erklären, sondern gemäß § 124 BGB innerhalb von Jahresfrist ab Kenntniserlangung von dem Anfechtungsgrund.

1. AUSLEGUNG

Bezüglich der Auslegung des § 767 Abs. 2 ZPO unter dem Gesichtspunkt des Anfechtungsrechtes kann auf die obigen Ausführungen zur Irrtumsanfechtung [82] weitgehend verwiesen werden. Sowohl die Rechtsfolge des Irrtums als auch der arglistigen Täuschung und Drohung besteht in einer Anfechtungsmöglichkeit, die der Gesetzgeber einheitlich in §§ 142, 143 BGB geregelt hat.

Allerdings sind bei der Anfechtung nach § 123 BGB auch die Fälle in die Untersuchung einzubeziehen, in denen der An-

---

80) A.A. BGH in NJW 1962, 1670 f. mit der Begründung, daß die §§ 91 ff. ZPO vorgingen. Diese Auffassung wird zu Recht als bedenklich angesehen, siehe *Palandt - Heinrichs*, § 122, Anm. 3.

81) Jede, auch leichte Fahrlässigkeit genügt, *Palandt - Heinrichs*, § 122, Anm. 5.

82) Siehe oben II 1.

fechtungsberechtigte sein Anfechtungsrecht bereits vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung kannte. Im Gegensatz zur Irrtumsanfechtung hat der aus § 123 BGB Anfechtungsberechtigte einen Zeitraum von einem Jahr zur Verfügung, innerhalb dessen er die Anfechtung erklären kann. Das Erfahren der Tatsachen, die einen Anfechtungsgrund geben, führt bei ihm also nicht dazu, daß er die Anfechtung unverzüglich erklären muß, so daß er sein Anfechtungsrecht nicht schon nach materiellem Recht verliert. Bei der Anfechtung nach § 123 BGB sind daher die Fälle denkbar, in denen trotz Kenntnis vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens das Anfechtungsrecht nach materiellem Recht noch besteht.

a. WORTLAUT UND SYSTEMATISCHE STELLUNG

Auch bei der Anfechtung nach § 123 BGB führt weder eine am Wortlaut noch an der Systematik des Gesetzes orientierte Auslegung dazu, die Frage beantworten zu können, ob auf die Anfechtungserklärung oder auf die Anfechtungslage abzustellen ist. Insoweit kann auf die Ausführungen zu der Irrtumsanfechtung verwiesen werden.

b. GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG

Auch hier zeigt aber die geschichtliche Entwicklung der Rechtsfolgen einer arglistigen Täuschung oder Drohung, daß durch die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Regelungslücke entstanden ist.

aa. REGELUNG DER ARGLISTIGEN TÄUSCHUNG ODER DROHUNG VOR EINFÜHRUNG DES BGB

Im Gegensatz zu der Willenserklärung, die durch Irrtum hervorgerufen wurde, sah das gemeine Recht die durch Täuschung oder Betrug hervorgerufene Willenserklärung nicht

als nichtig an [83]. Das wurde damit begründet, daß die Erklärung und der Wille, im Gegensatz zum Irrtum, übereinstimmten. Der Wille war in diesen Fällen lediglich nicht frei zustande gekommen.

Um aber zu verhindern, daß die durch Betrug zustandegekommene Willenserklärung dem Betrüger Vorteile brachte, wurde dem Betrogenen eine Einrede gegen den durch das Rechtsgeschäft für den Betrüger an sich entstandenen Anspruch gegeben - exceptio doli - sowie ein obligatorischer Anspruch darauf, daß der Betrüger den früheren Zustand wieder herstellte - actio doli - [84].

Ähnlich sollte sich die Rechtslage beim Zwang gestalten. Auch hier kam die herrschende Meinung des gemeinen Rechts, gelenkt durch die Ausführungen von Savigny [85], zu dem Ergebnis, daß die durch Zwang hervorgerufene Willenserklärung nicht nichtig sei [86]. Aber auch hier wurde dem Betroffenen Schutz gewährt. Man gab ihm eine Einrede, einen Wiederherstellungsanspruch und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [87]. Diese Möglichkeiten sollten außerdem nicht nur gegen denjenigen bestehen, der den Zwang ausgeübt hatte, sondern gegen jeden, der aufgrund des Zwanges etwas aus dem Vermögen des vom Zwang Betroffenen hatte.

---

83) Anders aber noch *Bangerow*, Bd. III, § 6o5 Anm. 1; *Sintenis*, Bd. I, § 22 Note 13, zitiert nach *Windscheid*, Bd. I, S. 2o9, FN 5.
84) *Windscheid*, Bd. I, S. 2o7 ff.
85) *Savigny*, Bd. III, S. 344 ff., zitiert nach *Windscheid*, Bd. I, S. 2o7 ff.
86) Anders aber wiederum *Bangerow*, Bd. III, § 6o5 Anm. 2; auch *Schloßmann*, S. 46 f.; wiederum zitiert nach *Windscheid*, Bd. I, S. 214 FN 2.
87) exceptio quod metus causa; actio quod metus causa.

Nach dem preußischen ALR war eine durch Drohung oder Betrug erzeugte Willenserklärung unverbindlich [88]. Gemäß I, 4, § 45 hatte der Gezwungene die sonst rechtsbeständige Willenserklärung vor einem Richter anzuzeigen [89]. Ein Unterlassen dieser Anzeigepflicht hatte aber gemäß I, 4, § 49 nur zur Folge, daß ihm der Eidesantrag zum Beweis abgeschnitten wurde. Der Gezwungene konnte aber auf andere Weise dartun, daß er bei der Abgabe der Willenserklärung bedroht oder betrogen worden war.

Festzuhalten bleibt also, daß auch nach dem ALR bereits eine Lähmung der Kraft des fraglichen Rechtes eingetreten war. Der Gezwungene konnte jederzeit gegen den Schädiger mit der exceptio doli vorgehen [9o].

Mit *Goldberg* [91] ist daher davon auszugehen, daß vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches eine durch Drohung oder Zwang hervorgerufene Willenserklärung entweder nichtig war oder aber zumindest bereits eine starke Schwächung der Gültigkeit darstellte. Im Rahmen des § 686 ZPO i.d.F. von 1877 mußte dies die Konsequenz haben, daß allein die erfolgte Drohung beziehungsweise der erfolgte Zwang entscheidend war. Beides führte zu entscheidenden Rechtsfolgen, ohne daß es einer Erklärung des Bedrohten bedurft hätte. Seine Erklärung hatte eine völlig untergeordnete Bedeutung.

88) Siehe ALR I, 4, §§ 31-51. So lautet z.B. § 33: "Auch gefährliche Bedrohungen des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit und Ehre machen jede darauf folgende Willensäußerung unkräftig."
§ 42 lautet: "Erzwungene Willenserklärungen sind auch alsdann ungültig, wenn die Gewalt oder der Zwang nicht von dem ...".

89) ALR 1, 4, § 45 lautet: "Wer eine sonst rechtsbeständige Willenserklärung wegen erlittenen Zwanges anfechten will, muß dieses, sobald als er einen Richter hat antreten können, spätestens aber binnen acht Tagen nach diesem Zeitpunkte gerichtlich anzeigen."

9o) Wie das ALR, so auch der code civil. Betreffs erzwungener Rechtsgeschäfte bestimmt er in Art. 1111: "La violence exercée contre celui, qui a contracté l'obligation, est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite."

91) *Goldberg*, S. 7o.

bb. ENTWURF DES BGB

Auch mit dieser Vorstellung brach das Bürgerliche Gesetzbuch. Nunmehr war allein die Anfechtungserklärung des Schuldners entscheidend. Die Willenserklärung wurde trotz Drohung oder Zwang als voll rechtswirksam angesehen, solange der Schuldner sie nicht angefochten hatte. Unterließ er die Anfechtung innerhalb der vorgesehenen Frist, § 124 BGB, so verlor er sein Anfechtungsrecht. Die Motive sprechen von einer "präklusiven Befristung" [92], die erforderlich war, um die Ungewißheit, ob die anfechtbare Willenserklärung Bestand hat oder nicht, zu begrenzen. War die Ausschlußfrist verstrichen, blieb die Willenserklärung also voll wirksam.

Bei dieser Neuerung, die erstmals allein der Erklärung des Anfechtungsberechtigten Rechtswirkungen zumaß, hat der Gesetzgeber wieder das im Rahmen des § 686 ZPO i.d.F. von 1877 auftauchende Problem übersehen, ob nun auf die Gestaltungslage oder auf die Erklärung abzustellen ist. Damit besteht also auch bei der Anfechtung nach § 123 BGB eine Regelungslücke, die im Wege einer Analogie zu schließen ist.

2. ANALOGIE

Diese Regelungslücke ist wie im Fall der Irrtumsanfechtung durch eine analoge Anwendung des § 529 Abs. 1 und 2 ZPO zu schließen. Es kann, soweit es um den Vergleich der Wertung des Gesetzgebers in dieser Vorschrift mit dem zu lösenden Fall und um den Ähnlichkeitsschluß geht, auf die obigen Ausführungen zur Irrtumsanfechtung [93] verwiesen werden.

Damit ist die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder Drohung nach § 123 BGB in analoger Anwendung des § 529 Abs. 1 und 2 ZPO auch im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage zuzulassen, wenn dadurch eine Prozeßverzögerung nicht eintritt

92) Motive zum BGB, Bd. I, S. 2o9.
93) Siehe oben II 2.

oder diese zwar eintritt, vom Anfechtungsberechtigten aber weder in Prozeßverschleppungsabsicht noch aus grober Nachlässigkeit herbeigeführt wurde.

Im Gegensatz zur Irrtumsanfechtung hat bei der Anfechtung nach § 123 BGB das Merkmal der Prozeßverschleppungsabsicht eine eigenständige Bedeutung. Wegen der einjährigen Anfechtungsfrist des § 124 BGB besteht die Möglichkeit, daß der Schuldner sein Anfechtungsrecht vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung kannte und er dieses trotzdem nicht bereits nach materiellem Recht verloren hat.

Gelangt das Gericht also zu der Überzeugung, daß die Nichtgeltendmachung trotz Kenntnis in der Absicht geschah, den Prozeß zu verzögern, so kann es den Einwand der Anfechtung nicht mehr zulassen. Auch bei Nichtkenntnis besteht diese Möglichkeit, wenn die fehlende Kenntnis auf grober Nachlässigkeit beruhte.

Durch dieses Ergebnis werden die, gerade bei der Anfechtung nach § 123 BGB, durch die Meinung der Rechtsprechung eintretenden, als ungerecht empfundenen Ergebnisse vermieden.

Auf der anderen Seite werden schutzwürdige Interessen des Gläubigers nicht verletzt. Der Gläubiger, der einen Anspruch wegen einer Täuschung oder Drohung erhalten hat, verdient, wie die Wertung des § 123 BGB und das Fehlen einer dem § 122 BGB entsprechenden Vorschrift zeigt, keinen Schutz [94]. Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, daß der Gläubiger ein vollstreckbares Urteil erstritten hat.

In den Fällen aber, in denen dem Schuldner bezüglich seines bisherigen Verhaltens während des Verfahrens ein schwerer

---

94) Im Ergebnis ähnlich *Dreykluft*, S. 95 f. Er will die Vollstreckungsgegenklage mit dem Einwand der arglistigen Täuschung oder Drohung zulassen, weil der Gläubiger grob schuldhaft gehandelt habe. Allerdings verneint er einen Ausschluß schlechthin.

Vorwurf - grobe Nachlässigkeit, Prozeßverschleppungsabsicht - gemacht werden kann, ist es gerechtfertigt, ihm trotz dieser materiellen Wertung des Gesetzgebers sein Anfechtungsrecht zu nehmen. In diesem Fall erfordern prozeßrechtliche Gesichtspunkte einen Ausschluß.

IV. WANDLUNG, MINDERUNG

1. EINBEZIEHUNG IN DIE UNTERSUCHUNG

a. WANDLUNG UND MINDERUNG ALS GESTALTUNGSRECHTE

Bei der Wandlung und Minderung ist zunächst zu klären, ob diese Rechte Gestaltungsrechte sind und damit in die Untersuchung einbezogen werden können. Das ist nur dann der Fall, wenn auch bei der Wandlung allein die Erklärung des Berechtigten die Rechtsänderung herbeiführt. Diese Frage wird in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet.

aa. VERTRAGSTHEORIE

Ausgehend vom Wortlaut der §§ 465, 467 BGB entwickelte insbesondere *Leonhard* [95] die sogenannte Vertragstheorie. Da die Wandlung nach § 465 BGB erst vollzogen sei, wenn sich der Verkäufer mit ihr "einverstanden" erklärt habe, sei also ein Vertrag erforderlich. Daß die einseitige Erklärung des Käufers gerade nicht ausreichen könne, zeige auch § 467 BGB, der die Anwendung des § 349 BGB ausschließe. Für die Vertreter dieser Theorie konnte das Wandlungsrecht also niemals ein Gestaltungsrecht sein.

bb. MODIFIZIERTE VERTRAGSTHEORIE

Von dem grundsätzlichen Erfordernis eines Vertrages geht auch die modifizierte Vertragstheorie [96] , auch Theorie

95) *Leonhard*, Schuldrecht, S. 68; *Oertmann*, § 465 Anm. 1 d. Diese Meinung wird heute nicht mehr vertreten.
96) *Larenz*, Schuldrecht, Bd. II, S. 48 f.; *Böttcher*, Die Wandlung als Gestaltungsrecht.

des richterlichen Gestaltungsaktes genannt, aus. Im Gegensatz zu der Vertragstheorie, die für die Fälle, in denen sich der Verkäufer mit einem Gewährleistungsrecht nicht einverstanden erklärt, zunächst eine Klage auf Abgabe einer Einverständniserklärung erforderlich halten muß, geben die Vertreter der modifizierten Vertragstheorie dem Käufer sofort die Möglichkeit, auf Rückzahlung des Kaufpreises zu klagen. In der Verurteilung des Verkäufers zur Rückzahlung liege dann die durch einen richterlichen Gestaltungsakt erfolgte Umwandlung des Kaufvertrages in ein Rückgewährschuldverhältnis. Die Vertreter dieser Theorie sehen also in dem Wandlungs- beziehungsweise Minderungsrecht ein Gestaltungsrecht. Allein die Erklärung des Käufers hat schon Rechtswirkungen, denn er braucht nicht auf den Verkäufer einzuwirken, um den Vollzug der Wandlung oder Minderung zu erreichen.

cc. HERSTELLUNGSTHEORIE

Auch nach der Herstellungstheorie [97] hat das Einverständnis des Verkäufers nicht die Wirkung, daß damit erst der Rückzahlungsanspruch entsteht. Sie geht davon aus, daß der Anspruch des Käufers auf Herstellung des gesetzmäßigen Zustands unmittelbar mit der Aushändigung der mangelhaften Sache entsteht. Danach hat die Einverständniserklärung des Verkäufers lediglich die Wirkung, daß die Wahlmöglichkeit des Käufers zwischen den einzelnen Gewährleistungsrechten erlischt, sobald die Einverständniserklärung des Verkäufers zugegangen ist. Auch nach dieser Theorie kann also der Käufer ohne Einverständniserklärung des Verkäufers sein Wandlungs- oder Minderungsrecht sofort einseitig geltend machen.

dd. GEMISCHTE THEORIE

Die Rechtsprechung [98] hat sich für keine der vertretenen Theorien entschieden. Sie geht aber davon aus, daß der Käufer

97) *Enneccerus - Lehmann*, S. 443 ff.; *Staudinger - Ostler*, § 462 Anm. 12 f.; *Soergel - Ballerstedt*, § 462 Anm. 3.
98) RGZ 147, 39o ff.; BGHZ 29, 148 ff. (154); *RGRK*, § 465, Anm. 4 mit weiteren Nachweisen.

sofort auf Rückzahlung des Kaufpreises infolge Wandlung oder Minderung klagen kann. Auch sie behandelt diese Rechte also wie Gestaltungsrechte und entspricht insoweit der Herstellungstheorie und der modifizierten Vertragstheorie.

ee. STELLUNGNAHME

Mit Ausnahme der Vertragstheorie geben die Vertreter der übrigen Ansichten der Wandlungserklärung die Wirkung, daß durch sie allein der Käufer auf Rückzahlung des Kaufpreises klagen kann, ohne daß es vorher des Einverständnisses des Wandlungsgegners bedarf. Die Wandlung wird damit als Gestaltungsrecht behandelt.

Trotz dogmatischer Bedenken, die darin bestehen, daß § 467 BGB die Anwendung des § 349 BGB an sich ausschließt, ist diesen Ansichten im Ergebnis zu folgen. Nur so wird nämlich vermieden, daß der Wandlungsberechtigte unter Umständen zwei Klagen erheben muß, nämlich einmal auf Abgabe der Einverständniserklärung und anschließend auf Rückzahlung des Kaufpreises, was ein umständlicher und zeitraubender Weg wäre.

Die Wandlung und Minderung sind daher als Gestaltungsrechte anzusehen, so daß sie in diese Untersuchung einbezogen werden können.

b. VERGLEICH ZU DEN BEREITS UNTERSUCHTEN GESTALTUNGSRECHTEN

Im Gegensatz zu den unter I. - III. untersuchten Gestaltungsrechten handelt es sich bei der Wandlung und Minderung nach §§ 459, 462, 465, 467, 346 ff. BGB um Gestaltungsrechte, die nicht auf den Zeitpunkt des erstmaligen Entstehens der Gestaltungslage zurückwirken. Wandlung und Minderung wirken vielmehr ex nunc.

Neben diesem Unterschied besteht aber auch eine Parallele zu den oben untersuchten Gestaltungsrechten, die gerade für die Frage einer Präklusion von Bedeutung sein kann. Sowohl das Aufrechnungsrecht als auch das Anfechtungsrecht entstehen dadurch, daß bestimmte Umstände dazu führen, daß das letzte Tatbestandsmerkmal des Gestaltungsrechtes erfüllt wird. Bei der Aufrechnung ist dies das Gegenübertreten der beiden Forderungen, bei der Anfechtung die Abgabe der durch Irrtum oder arglistiger Täuschung hervorgerufenen Willenserklärung. Bei der Wandlung tritt dieses letzte Tatbestandsmerkmal regelmäßig dann ein, wenn die Gefahr der mangelhaften Kaufsache auf den Käufer übergeht. Aus dem Kaufvertrag ergibt sich nämlich die Verpflichtung des Verkäufers, eine im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelfreie Kaufsache zu übereignen [99]. Aus dieser Leistungsverpflichtung folgt, daß Gewährleistungsansprüche des Käufers auch schon vor Gefahrübergang bestehen können, wenn feststeht, daß der Verkäufer den Mangel bis zur Übergabe nicht beseitigen kann [100], oder er die Beseitigung des Mangels vor Gefahrübergang endgültig ablehnt [101]. In diesen Fällen entsteht das Wandlungsrecht also bereits vor Gefahrübergang. Aber auch in diesen Fällen sind konkrete Umstände eingetreten, die zur Erfüllung des letzten Tatbestandsmerkmals neben der Gestaltungserklärung geführt haben, nämlich die endgültige Ablehnung oder aber der Nachweis, daß die Beseitigung des Mangels nicht mehr vorgenommen werden kann.

Bei der Wandlung und Minderung wird also die bloße Gestaltungslage nicht durch eine Rückwirkung der Erklärung besonders hervorgehoben. Gleichwohl kann der Gestaltungsberechtigte darauf verwiesen werden, daß er das Gestaltungsrecht vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens hätte ausüben können und müssen, weil er durch den Eintritt der Tatsache, die ihn erst zur Ge-

---

99) So die zutreffende hM, siehe *Palandt - Putzo*, § 459, Anm. 1; *RGRK*, § 459, Anm. 3; *Staudinger - Ostler*, Vor § 459, Anm. 3,9; a.A. insbesondere *Larenz*, § 37 II e.
100) *Palandt - Putzo*, § 459 Anm. 1.
101) BGHZ 34, 32 ff. (35).

staltung berechtigte, zur Entscheidung gedrängt wurde.

In der Rechtsprechung findet sich nur eine Entscheidung, in der es um die Zulässigkeit des Einwands der ausgeübten Minderung im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage geht [1o2]. In dieser Entscheidung hat das Reichsgericht nur ausgesprochen, daß der Schuldner die Vollstreckungsgegenklage auch dann schon erheben könne, wenn die Minderung noch nicht vollzogen sei, weil sich der Verkäufer noch nicht mit ihr einverstanden erklärt hat, und auch kein Urteil das Recht der Minderung zugesprochen hat. Entschieden wurde also nur, daß allein die Erklärung der Minderung für die Vollstreckungsgegenklage ausreiche. Insofern handelt es sich bei dieser Entscheidung nur um eine Bestätigung der sogenannten gemischten Theorie, die das Reichsgericht [1o3] und ihm folgend der Bundesgerichtshof [1o4] vertreten.

Der Begründung ist aber zu entnehmen, daß das Gericht auch in diesem Fall eine Präklusion annehmen würde. Es weist nämlich darauf hin, daß die Einwendung entstanden sei, sobald die nach materiellem Recht zu beurteilenden Tatbestandsvoraussetzungen vorlägen, unabhängig davon, ob eine Willenserklärung des Berechtigten hinzukommen müsse oder nicht [1o5]. In diesem Punkt verweist das Reichsgericht auf die entsprechende Rechtsprechung zur Aufrechnung.

Aus dem Ergebnis, das für die Aufrechnung gefunden wurde, kann aber nicht auf die sonstigen Gestaltungsrechte geschlossen werden. Das ergibt sich aus der oben begründeten Notwendigkeit einer differenzierenden Untersuchung [1o6].

1o2) RG in Seufferts Archiv, Bd. 83 (1929), Nr. 176 = S. 286 ff.
1o3) Z.B. RGZ 1o1, 64 ff. (71 f.).
1o4) Z.B. BGHZ 29, 148 ff.
1o5) RG, a.a.O. (FN 1o2).So versteht auch *Heinemann*, S. 15 diese Entscheidung.
1o6) Oben § 5 A.

2. AUSLEGUNG

Das für die Wandlung und Minderung zutreffende Ergebnis kann also nur durch eine Auslegung des § 767 Abs. 2 ZPO unter besonderer Berücksichtigung gerade dieses Gestaltungsrechtes gefunden werden.

a. WORTLAUT UND SYSTEMATISCHE STELLUNG

Auch bei der Wandlung und Minderung führen weder der Wortlaut noch die systematische Stellung zu einer eindeutigen Entscheidung. Der Wortlaut des § 767 Abs. 2 ZPO gestattet es, in der Einwendung des Schuldners die Behauptung zu sehen, er könne den Kaufvertrag wandeln beziehungsweise den Kaufpreis mindern, so daß der Grund dieser Einwendung der Gefahrübergang der mangelhaften Kaufsache beziehungsweise der ihm gleichgestellte Zeitpunkt wäre. Möglich ist es aber auch, in der Einwendung die Behauptung zu sehen, daß der Kaufvertrag durch den Schuldner gewandelt sei, so daß der Grund dieser Einwendung die vollzogene Wandlung wäre.

Auch die Systematik des Gesetzes führt bei der Wandlung nur zu dem Ergebnis, daß der von § 767 Abs. 2 ZPO erstrebte Ausgleich zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht weder durch ein Abstellen auf den Vollzug der Wandlung noch durch ein Abstellen auf die Wandlungslage erreicht werden kann.

b. GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG

Eine Untersuchung der geschichtlichen Entwicklung der Wandlung und Minderung könnte aber ergeben, daß auch für diese Rechte eine Regelungslücke in § 767 Abs. 2 ZPO besteht. Das wäre dann zu bejahen, wenn die Untersuchung ergibt, daß das hier zu lösende Problem zu der Zeit, als § 686 ZPO a.F. galt, noch nicht bestand. Wenn also, wie bei der Aufrechnung und Anfechtung, auch hier eine Änderung des materiellen Rechts eintrat, so muß davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber der ZPO diese Änderung übersah,so daß eine Regelungslücke besteht.

aa. REGELUNG DER GEWÄHRLEISTUNGSRECHTE VOR EINFÜHRUNG DES BGB

Auch das gemeine Recht kannte als Gewährleistungsrechte des Kaufrechts die Wandlung [107] und die Minderung [108]. Auf diese Rechte konnte sich der Käufer berufen, indem er der Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises eine Einrede entgegenhielt [109]. Ansonsten konnte das Recht, das als Anspruch konstruiert war, nur durch Klage durchgesetzt werden. Der Richter allein konnte also aussprechen, daß der Kaufvertrag aufgehoben oder der Kaufpreis gemindert sei. Die Ausübung der Gewährleistungsrechte setzte also Klageerhebung voraus. Es reichte dagegen nicht die Abgabe einer Willenserklärung durch den Käufer.

Wie im gemeinen Recht, so waren die Gewährleistungsrechte auch in ALR I, 5, §§ 325 - 328, 331 [110] und in Art. 1644 code civil [111] ausgestaltet. Neben dieser Möglichkeit, den Kaufvertrag einseitig, das heißt, ohne Mitwirkung des Verkäufers zu beseitigen oder inhaltlich zu ändern, kannte das gemeine Recht, im Gegensatz zum römischen Recht, die jederzeitige Möglichkeit der Aufhebung durch Vereinbarung seitens der Kontrahenten. Aus dieser Vereinbarung sollte dann eine Klage auf Rückgabe des Geleisteten entstehen [112].

---

107) Actio redhibitoria.
108) Actio quanti minoris.
109) *Dernburg*, Bd. II, S. 283.
110) So lautet ALR I, 5, § 326: "Kann der Geber die fehlende Eigenschaft nicht gewähren, so kann der Uebernehmer von dem Kontrakte wieder abgehen."
§ 328 lautet: "Kann oder will er dieses nicht, so hat es bei dem Kontrakte sein Bewenden, und der Empfänger kann von dem Geber nur so viel an Vergütung fordern, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger werth ist".
111) Art. 1644 code civil lautet: "Dans les cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts."
112) *Dernburg*, Bd. II, S. 283.

bb. ENTWURF DES BGB

An dieser Rechtslage hielt der Entwurf des BGB fest [113]. Auch nach dem BGB sollte der Käufer die Möglichkeit haben, einseitig Wandlung oder Minderung zu verlangen. Die Wandlung war aber erst vollzogen, und damit die Gestaltungswirkung eingetreten, wenn sich der Verkäufer mit der Wandlung beziehungsweise Minderung einverstanden erklärte. Andernfalls blieb dem Käufer nur die Möglichkeit, seinen Anspruch auf Wandlung oder Minderung gerichtlich durchzusetzen. Wie das gemeine Recht, so hatte also auch das Bürgerliche Gesetzbuch noch nicht die Möglichkeit vorgesehen, daß allein die Erklärung des Berechtigten das Rechtsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer gestaltet.

Da sich somit die Rechtslage zwischen dem gemeinen Recht und dem Partikularrecht einerseits und der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches andererseits nicht geändert hat, hat allein das Bürgerliche Gesetzbuch nicht zu einer Regelungslücke in § 767 Abs. 2 ZPO geführt. Auch nach Einführung des BGB konnte der Wandlungsberechtigte sein Wandlungsrecht nicht durch eine einseitige Erklärung allein ausüben.

cc. WEITERE ENTWICKLUNG IN SCHRIFTTUM UND RECHTSPRECHUNG

Es blieb der weiteren Entwicklung in Schrifttum und Rechtsprechung vorbehalten, das Wandlungs- und Minderungsrecht immer mehr als Gestaltungsrecht auszubilden. Das ist mit der modifizierten Vertragstheorie, der Herstellungstheorie und der gemischten Theorie, wie oben gezeigt [114], geschehen.

Als Ergebnis dieses geschichtlichen Rückblicks ist also folgendes festzuhalten:

---

113) Motive zum BGB, Bd. II, S. 227.
114) Oben 1 a.

Weder im gemeinen Recht noch in den Partikularrechten war das Wandlungs- und Minderungsrecht als Gestaltungsrecht ausgebildet. An dieser Rechtslage hielt auch das Bürgerliche Gesetzbuch fest. Das bloße Begehren der Wandlung oder Minderung konnte also keinerlei Rechtswirkungen haben. Das bedeutete für die Vollstreckungsgegenklage, daß das hier zu lösende Problem gar nicht auftauchen konnte. War der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verurteilt und machte er dann ein Wandlungsrecht geltend, so konnte dies nicht zur Begründung einer Vollstreckungsgegenklage reichen. Das bloße Stellen des Wandlungs- oder Minderungsanspruchs konnte die Einwendung gegen den materiellen Anspruch des Verkäufers nicht zur Entstehung bringen. Das Problem konnte vielmehr erst auftauchen, wenn man anerkannte, daß allein das Wandlungs- oder Minderungsbegehren das Rechtsverhältnis schon gestaltete.

Diese Wirkung eines Gestaltungsrechtes wurde der Wandlung und Minderung erst durch die Rechtsprechung und Literatur nach der Einführung des BGB zuerkannt. Damit tauchte erst durch diese Fortentwicklung die Frage auf, ob im Rahmen des § 767 Abs. 2 ZPO auf die Aushändigung der mangelhaften Kaufsache beziehungsweise die gleichgestellten Zeitpunkte (Gestaltungslage) oder auf das Begehren der Wandlung oder Minderung (Gestaltungserklärung) abzustellen sei. Da § 767 Abs. 2 ZPO diese Frage nicht befriedigend beantworten konnte, war also durch die Fortentwicklung in Rechtsprechung und Literatur nach Einführung des BGB eine Regelungslücke entstanden.

3. ANALOGIE

Diese Regelungslücke ist wiederum durch eine Analogie zu dem § 529 Abs. 1 und 2 ZPO zu schließen. Soweit es um den Ähnlichkeitsschluß zwischen § 529 ZPO in seiner direkten Anwendung und dem hier zu lösenden Fall geht, kann auf die obigen Ausführungen zur Irrtumsanfechtung verwiesen werden[115].

---

115) Siehe oben II 2.

Die Analogie führt dazu, daß die auf Wandlung oder Minderung gestützte Einwendung des Schuldners auch im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage noch zuzulassen ist, wenn dadurch entweder eine Prozeßverzögerung nicht eintritt oder eine eintretende Prozeßverzögerung vom Schuldner weder in Prozeßverschleppungsabsicht noch infolge grober Nachlässigkeit verursacht worden ist.

Im Rahmen dieser beiden Tatbestandsmerkmale ist die Frist des § 477 BGB zu beachten. Danach kann bereits nach materiellem Recht ein Ausschluß stattfinden, wenn bei beweglichen Sachen sechs Monate seit der Ablieferung vergangen sind, bei Grundstücken ein Jahr seit der Übergabe und der Verkäufer den Mangel nicht arglistig verschwiegen hat. Aus der gesetzlichen Konstruktion der Wandlung als Anspruch folgt, daß es sich bei diesen Fristen im Gegensatz zur Anfechtung nicht um Ausschlußfristen handelt, sondern um eine echte Einrede [116]. Das Wandlungsrecht geht also nicht unter, sondern ist nur nicht durchsetzbar, falls sich der Verkäufer auf die eingetretene Verjährung beruft. Das Ergebnis für die Vollstreckungsgegenklage bleibt aber gleich, denn für eine prozessuale Präklusion besteht auch in diesen Fällen kein Bedürfnis, weil die fehlende Durchsetzbarkeit bereits auf dem materiellen Recht beruht.

Wegen der relativ kurzen Verjährungsfrist des § 477 BGB, die nicht ab Kenntnis, sondern ab Ablieferung beziehungsweise Übergabe zu laufen beginnt, werden die Fälle bei der Vollstreckungsgegenklage nicht häufig auftreten. Die kurze Verjährungsfrist wird regelmäßig abgelaufen sein, denn zwischen Ablieferung der Kaufsache, Erhebung der Klage durch den Verkäufer, Erlangung des vollstreckbaren Titels und dann folgender Vollstreckungsgegenklage werden meist sechs oder auch zwölf Monate vergangen sein.

In den Fällen, in denen der Verkäufer den Fehler der Kaufsache arglistig verschwiegen hat, gilt dagegen die normale

---

116) *Palandt - Putzo*, § 477 Anm. 1 a.

Verjährungsfrist des § 195 BGB [117], so daß der Käufer sein Recht nicht bereits durch das materielle Recht verliert. Dann ist es erforderlich, die besonderen Interessen des Prozeßrechts dadurch zu wahren, daß der Käufer dann, wenn ihm wegen der Nichtgeltendmachung seiner Rechte im Erkenntnisverfahren ein schwerer Vorwurf gemacht werden kann, mit dieser Einwendung präkludiert wird. Ein gröberer Maßstab als Prozeßverschleppungsabsicht oder grobe Nachlässigkeit ist insbesondere deshalb nicht gerechtfertigt, weil das materielle Recht ihm seine Rechtsposition an sich dreißig Jahre lang lassen will.

V. AUSSERORDENTLICHE KÜNDIGUNG

Als weiteres Gestaltungsrecht, das hinsichtlich eines Tatbestandsmerkmales an einen Zeitpunkt anknüpft, der in der Vergangenheit, also möglicherweise vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens liegt, soll die außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB geprüft werden. Gerade dieses Gestaltungsrecht führen *Stein - Jonas - Pohle* [118] an, um die subjektive Theorie zu begründen, indem sie feststellen, daß es außerordentlich unbefriedigend sei, dem Arbeitgeber, der auf die Klage des entlassenen Angestellten zur Lohnfortzahlung verurteilt wurde, die auf den Einwand der außerordentlichen Kündigung gestützte Vollstreckungsgegenklage zu verwehren, obwohl er erst nach der letzten mündlichen Verhandlung eine von dem Angestellten begangene und damit den wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung liefernde Unterschlagung entdeckte. Das sei um so unbefriedigender, als die Kündigungsfrist nach § 626 II S 2 BGB erst ab Kenntnis von dem wichtigen Grund zu laufen beginne.

---

117) RGZ 129, 28o ff. (282).
118) *Stein - Jonas - Pohle*, 18./19. Aufl., § 767 Anm. II 2 c.

1. AUSLEGUNG

Eine Antwort auf die Frage, ob der Arbeitgeber in diesem Fall mit dem Einwand der außerordentlichen Kündigung im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage ausgeschlossen ist, kann sich nur aus der Auslegung des § 767 Abs. 2 ZPO unter dem speziellen Gesichtspunkt der außerordentlichen Kündigung ergeben.

a. WORTLAUT UND SYSTEMATISCHE STELLUNG

Eine Auslegung nach dem Wortlaut und der systematischen Stellung der Vorschrift im Gesetz führt zu keinen anderen Ergebnissen als bei den vorne untersuchten Gestaltungsrechten. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen [119] verwiesen werden.

b. GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG

Auch bei der außerordentlichen Kündigung könnte ein geschichtlicher Rückblick zeigen, daß eine Regelungslücke entstanden ist. Das wäre dann der Fall, wenn dieses Recht vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches wesentlich anders ausgestaltet war, insbesondere dann, wenn die Erklärung noch keine gestaltende Wirkung hatte.

aa. REGELUNG DER AUSSERORDENTLICHEN KÜNDIGUNG VOR EINFÜHRUNG DES BGB

Im gemeinen Recht war weder der Begriff des Dienstvertrages noch der Kündigung geläufig. Statt dessen sprach man von der Dienstmiete, einem Unterfall der Miete und wandte auf ihn die Regeln der Sachmiete analog an [12o]. Wurde die Dienstmiete auf unbestimmte Zeit geschlossen, so stand jedem Teil ein Rücktrittsrecht zu, für das aber bestimmte "Kündigungsfristen" einzuhalten waren. Daneben stand aber jedem Teil, auch bei befristeten Dienstmieten,

---

119) Siehe oben IV 2 a.
12o) *Dernburg*, Bd. II, S. 31o.

namentlich dem Gesindedienstvertrag, ein Rücktrittsrecht zu, "sobald ihm (dem Zurücktretenden) die Aushaltung des Contractes von dem anderem Theil in billiger Berücksichtigung der Umstände gar nicht zugemuthet werden könne" [121]. Dieses Rücktrittsrecht steht der heutigen außerordentlichen Kündigung sehr nahe.

Ausgeübt wurde dieses Rücktrittsrecht durch Erklärung. Diese hatte die Wirkung, daß die durch den Vertrag erzeugte rechtliche Wirkung für die Zukunft ohne weiteres aufhörte. Dagegen sollte die Wirkung für die Vergangenheit an und für sich bestehen bleiben, und nur eine obligatorische Verpflichtung auf Rückgewähr bestehen [122].

Festzuhalten bleibt also, daß schon nach gemeinem Recht allein die Erklärung des Kündigungsberechtigten den Dienstvertrag für die Zukunft zum Erlöschen brachte.

bb. ENTWURF DES BGB

An dieser Rechtslage hielt der Entwurf des BGB fest [123]. Im § 566 wurde ein Rücktrittsrecht für die Zukunft gewährt, ohne daß eine Kündigungsfrist einzuhalten war. Auf dieses Rücktrittsrecht sollten die §§ 426, 427, in denen der Rücktritt normiert war, Anwendung finden. In ihnen war bestimmt, daß der Rücktritt vollzogen war, wenn der Berechtigte gegenüber dem Vertragspartner den Rücktritt erklärt hatte.

Die Wirkung des Rücktritts bestand darin, daß das Schuldverhältnis für die Zukunft beendet war und auch für die Vergangenheit als causa für empfangene Leistungen wegfiel, so daß diese zurückzugewähren waren [124]. Auch nach Einführung des BGB hatte also die Erklärung des Kündigenden gestaltende Wirkung.

---

121) *Windscheid*, Bd. II, 7. Auflage, 1891, S. 468 f., insbesondere FN 1o a; auch RGZ 23, 167 ff.
122) *Windscheid*, Bd. II, 7. Auflage, 1891, S. 217, FN 6.
123) Motive zum BGB, Bd. II, S. 469.
124) *Mugdan*, Bd. II, S. 726 f.

Daher ist die Frage, ob durch die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Regelungslücke entstanden ist, zu verneinen. Schon vorher hatte die Kündigungserklärung gestaltende Wirkung und an dieser Rechtslage hat die Einführung des BGB nichts geändert.

c. SINN UND ZWECK DER REGELUNG

Insbesondere aus der Systematik des Gesetzes ergibt sich, daß § 767 Abs. 2 ZPO einen Ausgleich zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht schaffen will. Einerseits muß das materielle Recht, um dessen Verwirklichung es im Prozeß geht, ausreichend berücksichtigt werden; andererseits sind den besonderen Anforderungen des Prozesses Rücksicht zu tragen. Das bedeutet im Stadium der Zwangsvollstreckung, daß diese vor unnötigen Verzögerungen geschützt wird, damit der Vollstreckungsgläubiger möglichst bald die Leistung, die ihm vom Gericht zuerkannt worden ist, erhält.

Bei der Auslegung unter besonderer Berücksichtigung der außerordentlichen Kündigung muß also gefragt werden, ob eine dieser Komponenten in diesem Fall überwiegt.

aa. LOHNANSPRUCH DES ARBEITNEHMERS FÜR DIE VERGANGENHEIT

Bei der außerordentlichen Kündigung kommt als derartiger Anspruch, dessen zügige Vollstreckung gesichert werden soll, nur die Lohnfortzahlung für die Vergangenheit, §§ 615 BGB, 11 KSchG oder der Anspruch auf Abfindung, §§ 9 Abs. 1, 1o, 13 Abs. 1 KSchG in Betracht. Im Beispiel von *Stein - Jonas - Pohle* hat das Gericht entschieden, daß das Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung seitens des Arbeitgebers nicht beendet wurde und ihn zur Fortzahlung des Lohnes verurteilt. Nunmehr kündigt der Arbeitgeber aus wichtigem Grund, wobei der wichtige Grund bereits vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung über die ordentliche Kündigung vorgelegen hatte. Dabei muß davon ausgegangen werden, daß der Arbeitgeber den wichtigen

Grund bisher nicht kannte, denn sonst hätte er sein Kündigungsrecht wegen § 626 Abs. 2 S. 1 BGB bereits nach materiellem Recht verloren, weil die Kündigung nur innerhalb zweier Wochen ab Kenntnis des wichtigen Grundes erklärt werden kann.

Soweit es um den in der Vergangenheit liegenden Lohnanspruch des Arbeitnehmers geht, kann die Vollstreckungsgegenklage mit dem Einwand der außerordentlichen Kündigung nicht zu einer Verzögerung der Vollstreckung dieses Anspruchs führen. Eine Verzögerung könnte nur dann eintreten, wenn die außerordentliche Kündigungserklärung auf einen Zeitpunkt vor ihrem Zugang zurückwirkt oder aber die unwirksame ordentliche Kündigung nunmehr in eine außerordentliche Kündigung nach § 14o BGB umgedeutet werden könnte. Nur in diesen beiden Fällen wäre es denkbar, daß aus der unwirksamen ordentlichen Kündigung nachträglich eine wirksame außerordentliche würde mit der Folge, daß der Anspruch des Arbeitnehmers auf Fortzahlung des Lohnes in Frage gestellt wird.

Keine dieser beiden Möglichkeiten liegt aber vor. Es ist unstreitig, daß das Arbeitsverhältnis bei der außerordentlichen Kündigung erst mit Zugang der Kündigungserklärung beendet wird [125]. Der Kündigungserklärung kommt also keinerlei rückwirkende Kraft zu. Auch eine Umdeutung der unwirksamen ordentlichen Kündigung in eine außerordentliche Kündigung kommt nicht in Betracht [126], weil der Arbeitnehmer in diesen Fällen nicht mit der Umdeutung und dem daraus folgenden Wegfall der Kündigungsfrist zu rechnen braucht. Das gilt nach dem LAG Frankfurt [127] auch dann, wenn ein ausreichender Grund für eine Kündigung aus wichtigem Grund vorgelegen haben sollte, der Kündigungsberechtigte von dem ihm an sich zustehenden Recht zur außerordentlichen Kündigung aber keinen Gebrauch gemacht hat. Der Arbeit-

---

125) *Palandt - Putzo*, § 626 Anm. 3 d.
126) LAG Düsseldorf in BB 1968, 753; LAG Baden-Württemberg in BB 196o, 742.
127) LAG Frankfurt in BB 1974, 839.

nehmer darf im Gegenteil darauf vertrauen, daß der dem Kündigungsberechtigten bekannte wichtige Grund nicht im Wege einer Umdeutung der ordentlichen Kündigungserklärung zur Begründung einer außerordentlichen Kündigung verwandt wird.

Daher hat die außerordentliche Kündigung nur Wirkungen für die Zukunft, so daß der für die Vergangenheit zuerkannte Lohnanspruch des Arbeitnehmers durch sie nicht gefährdet wird. Daher kann die Notwendigkeit des Schutzes der Zwangsvollstreckung vor Verzögerungen einen Ausschluß der außerordentlichen Kündigung in diesen Fällen nicht rechtfertigen.

bb. LOHNANSPRUCH DES ARBEITNEHMERS FÜR DIE ZUKUNFT

Daher wird der Lohnanspruch durch die außerordentliche Kündigung und die auf sie gestützte Vollstreckungsgegenklage nur insoweit beeinträchtigt, als es um die Lohnzahlung nach Zugang der zweiten (außerordentlichen) Kündigungserklärung geht. Ein Schutz über diesen Zeitpunkt hinaus ist aber nicht gerechtfertigt. Das ergibt sich aus der Rechtskraft der Kündigungsschutzklage, deren Umfang sich nach dem Streitgegenstand richtet.

(1) STREITGEGENSTAND DER KÜNDIGUNGSSCHUTZKLAGE

Der Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

(a) KÜNDIGUNGSERKLÄRUNG ALS STREITGEGENSTAND

Die heute herrschende Meinung geht davon aus, Streitgegenstand sei die Wirksamkeit einer konkreten Kündigung, das heißt, die Auflösung beziehungsweise Nichtauflösung des Arbeitsverhältnisses gerade durch die angegriffene Kündigung[128].

---

128) *Hueck*, § 4, Anm. 48; BAG in AP Nr. 17, 18 und 4o zu § 3 KSchG.

Zur Begründung wird zunächst auf die historische Entwicklung hingewiesen. Auch nach dem AOG habe es sich im Kündigungsschutzprozeß nämlich nur um eine Klage auf Beseitigung oder Widerruf einer ganz bestimmten, zunächst an sich gültigen Kündigung gehandelt. Außerdem spreche der Wortlaut des § 4 Satz 1 KSchG für ihre Ansicht. Dort sei von der Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung gesprochen, also von einer konkreten Kündigungserklärung. Vor allem sei es auch sachlich zweckmäßig, den Parteien die Möglichkeit zu geben, nur die Wirksamkeit einer bestimmten Kündigung zum Streitgegenstand zu machen. Durch gleichzeitige Erhebung einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO oder einer Widerklage sei die Möglichkeit gegeben, den Streitgegenstand zu erweitern und auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Arbeitsverhältnisses zu erstrecken.

(b) BESTEHEN DES ARBEITSVERHÄLTNISSES ALS STREITGEGENSTAND

Dagegen geht eine Mindermeinung [129] davon aus, Streitgegenstand sei von vornherein das Bestehen oder Nichtbestehen des Arbeitsverhältnisses zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung. Das wird teilweise mit § 256 ZPO begründet. Die herrschende Meinung mache nämlich die Kündigung und nicht, wie es § 256 ZPO erfordere, ein Rechtsverhältnis zum Gegenstand einer Feststellungsklage, wenn sie den Streitgegenstand auf eine bestimmte Kündigung beschränke. Das Rechtsverhältnis könne bei der Kündigungsschutzklage nur das Arbeitsverhältnis sein. Außerdem könne nur dieser weite Streitgegenstand den Interessen des Arbeitnehmers gerecht werden. Dieser wolle nämlich nicht nur wissen, ob eine Kündigung wirksam sei oder nicht, sondern er wolle durch das Urteil erfahren, ob er sich noch in einem gültigen Arbeitsverhältnis befinde.

---

129) *Böttcher*, Kündigungsschutzprozeß, S. 184 ff.; LAG Stuttgart in BB 1967, 1423.

(c) STELLUNGNAHME

Die Argumente der Mindermeinung, die einen weiten Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage befürwortet, vermögen nicht zu überzeugen. Ein Widerspruch zu § 256 ZPO besteht zwar insoweit, als bei der Kündigungsschutzklage nicht ein Rechtsverhältnis zum Streitgegenstand der Feststellungsklage gemacht wird. § 4 Satz 1 KSchG kann aber gerade so ausgelegt werden, daß mit einer Kündigungsschutzklage im Gegensatz zu einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO nicht über ein Rechtsverhältnis, sondern über die Wirksamkeit einer Kündigung entschieden wird. Entscheidender ist, daß die herrschende Meinung dem Arbeitnehmer die Möglichkeit gibt, das Feststellungsinteresse entweder auf die konkrete Kündigung zu beschränken oder aber durch Erweiterung des Antrages auf das Bestehen des Arbeitsverhältnisses zu erstrecken, während die Mindermeinung den Arbeitnehmer zwingt, immer eine Feststellung über das Bestehen des Arbeitsverhältnisses zu verlangen.

(2) UMFANG DER RECHTSKRAFT

Wenn Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage also die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer bestimmten Kündigung ist, so bedeutet dies für den Umfang der Rechtskraft, daß es dem Arbeitgeber nicht verwehrt ist, das Arbeitsverhältnis durch eine erneute ordentliche oder außerordentliche Kündigung zu beenden. Ebensowenig besagt eine der Klage stattgebende Entscheidung des Gerichts dann, daß eine neue außerordentliche Kündigung nicht auf Gründe gestützt werden kann, die sich vor der früheren ordentlichen Kündigung ereigneten, aber dem Kündigenden unbekannt waren [13o]. Das wäre nur dann der Fall, wenn der Sachverhalt, auf den das erste Urteil gestützt ist, der gleiche ist wie beim zweiten Urteil. Diese Voraussetzung ist aber dann nicht gegeben, wenn der wichtige Grund, der zur außerordentlichen

---

13o) BAG in AP Nr. 11 zu § 626 BGB mit zustimmender Anmerkung von *Böttcher*.

Kündigung führte, im Prozeß über die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung überhaupt nicht berücksichtigt wurde. Die Rechtskraft des ersten Urteils schließt es also nicht aus, "daß eine *neue* [131] fristlose Kündigung auf Gründe gestützt wird, die sich zwar vor der früheren (ordentlichen) Kündigung ereignet haben, aber im Vorprozeß vom Kündigenden nicht geltend gemacht werden konnten, weil sie ihm unbekannt waren" [132].

Ein Schutz des Lohnanspruchs des Arbeitnehmers für die Zeit nach dem Zugang der zweiten Kündigungserklärung ist also nicht gerechtfertigt.

2. ERGEBNIS

Der Sinn und Zweck des § 767 Abs. 2 ZPO erfordert es somit nicht, den Schuldner mit dem Einwand der außerordentlichen Kündigung zu präkludieren. Der Schutz des Gläubigers für die Vergangenheit wird durch die Vollstreckungsgegenklage aufgrund einer neuen außerordentlichen Kündigung nicht tangiert. Ein Schutz für die Zukunft ist nicht gerechtfertigt.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß bei der außerordentlichen Kündigung die Kündigungserklärung zum Grund der Einwendung zu zählen ist, so daß die objektive Gestaltungslage allein nicht ausreicht. Mit der außerordentlichen Kündigung kann der Schuldner also nie präkludiert sein, wenn die Kündigungserklärung nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens erfolgte.

VI. ORDENTLICHE KÜNDIGUNG, EINSEITIGES LEISTUNGSBESTIMMUNGSRECHT

Als letzte Gestaltungsrechte sollen die ordentliche Kündigung und das einseitige Leistungsbestimmungsrecht nach §§ 315 ff. BGB untersucht werden. Diese Gestaltungsrechte haben

---

131) Hervorhebung vom Verfasser.
132) BAG, a.a.O., Blatt 3.

weder in ihrer Wirkung noch im Hinblick auf eine Tatbestandsvoraussetzung einen Bezug in die Vergangenheit, hier also auf den Zeitraum vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens. Ihnen ist vielmehr gemeinsam, daß sie jederzeit ausgeübt werden können, ohne daß bestimmte Ereignisse eintreten müssen. Von der Untersuchung soll die ordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, das dem Kündigungsschutzgesetz unterliegt, durch den Arbeitgeber ausgenommen werden. In diesen Fällen tauchen nämlich spezielle arbeitsrechtliche Probleme wie etwa die Mitwirkung des Betriebsrates auf.

1. AUSLEGUNG

Nach dem in dieser Arbeit vertretenen Sinn und Zweck des § 767 Abs. 2 ZPO, einen Ausgleich zwischen dem materiellen Recht und den Erfordernissen des Prozesses, hier also der Zwangsvollstreckung, zu erzielen, muß man auch bei diesen Gestaltungsrechten zu dem Ergebnis kommen, daß auf die Gestaltungserklärung abzustellen ist.

Da beide Gestaltungsrechte keinerlei Bezug in die Vergangenheit haben, bedarf die Vollstreckung des Anspruchs, soweit es um die Vergangenheit geht, keines Schutzes durch eine Präklusion. Insoweit wird der Anspruch des Gläubigers durch den Einwand der nachträglichen ordentlichen Kündigung beziehungsweise der Ausübung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechtes nicht berührt.

Daher überwiegt in diesen Fällen die Notwendigkeit, die Zwangsvollstreckung mit dem materiellen Recht in Einklang zu bringen.

Soweit es um die Fortwirkung des gerichtlich zuerkannten Anspruchs in die Zukunft geht, ist ein Schutz durch die Annahme einer Präklusion nicht gerechtfertigt. Beim einseitigen Leistungsbestimmungsrecht hat der Gläubiger dem Schuldner

bewußt das Gestaltungsrecht eingeräumt [133]. Es geht aber nicht an, daß er sich von dieser vertraglichen Vereinbarung einseitig lösen kann, indem er den Schuldner auf die vertragliche Leistung verklagt. Nähme man in diesen Fällen eine Präklusion an, so könnte der Gläubiger den Schuldner zwingen, auf das Gestaltungsrecht zu verzichten oder aber es zu einem Zeitpunkt auszuüben, zu dem er es nach dem Vertrag nicht mußte. Ein derartiges Ergebnis würde aber dem Grundsatz der Privatautonomie und der Beachtung des Parteiwillens widersprechen.

Ähnliches ist zum Gestaltungsrecht der ordentlichen Kündigung zu sagen. Dieses ist das normale Mittel, ein Dauerschuldverhältnis zu beenden. Das Recht zur ordentlichen Kündigung ist also jedem Dauerschuldverhältnis immanent, es sei denn, es wurde vertraglich ausgeschlossen. Dieses Recht kann dem Kündigungsberechtigten aber auch nicht dadurch genommen werden, daß gerade ein Prozeß anhängig war. Andernfalls würden Dauerschuldverhältnisse unkündbar, nur weil eine Leistungsverpflichtung des Vertrages eingeklagt wurde.

Es soll nicht verkannt werden, daß es auch hier Fälle geben kann, in denen man vom Schuldner hätte verlangen können, das Gestaltungsrecht früher auszuüben. Diese Ausnahmefälle können aber eine generelle Präklusion nicht rechtfertigen. Es handelt sich dabei vielmehr um normale Fälle der Verwirkung oder der unzulässigen Rechtsausübung, die also über das materielle Recht, § 242 BGB, zu lösen sind.

Als Ergebnis ist bezüglich der ordentlichen Kündigung oder einem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht also davon auszugehen, daß die Gestaltungserklärung zu den Gründen der Einwendung im Sinne des § 767 Abs. 2 ZPO zu zählen ist. Wurde die Erklärung also nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens abgegeben, so ist eine auf das ausgeübte Gestaltungsrecht gestützte

---

133) Daher werden diese Vereinbarungen auch als Unterwerfungsabrede bezeichnet, siehe *Adomeit*, S. 36.

Vollstreckungsgegenklage zuzulassen. Ein Präklusion dieser Gestaltungsrechte findet nicht statt.

2. STANDPUNKT DER RECHTSPRECHUNG BEI DIESEN GESTALTUNGSRECHTEN

Das BAG hat in einer Entscheidung zum einseitigen Leistungsbestimmungsrecht ausgesprochen, daß bei diesem die Gründe, auf denen die Einwendungen gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch beruhen, erst durch Ausübung des Leistungsbestimmungsrechtes entstanden sind [134]. Damit hat es sich scheinbar in Widerspruch zu der sonstigen Rechtsprechung gesetzt. Es erscheint jedoch fraglich, ob die Rechtsprechung bei diesen Gestaltungsrechten daran festhalten kann, daß der Schuldner mit ihnen präkludiert wird.

a. RECHTSKRAFT

Soweit die Rechtskraft zur Begründung der Präklusion angeführt wird, kann sie die soeben untersuchten Gestaltungsrechte nicht erfassen. Gleichgültig, welcher Streitgegenstandstheorie man folgt, so können tatsächliche Verhältnisse, die sich erst nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung ändern, von der Rechtskraft nicht umfaßt werden. Wirkt die Gestaltungserklärung zurück, so ändern sich dadurch auch die Verhältnisse vor diesem Zeitpunkt. Wirkt die Erklärung dagegen nicht zurück, wie bei den soeben untersuchten Gestaltungsrechten, so haben sich die tatsächlichen Verhältnisse erst nachträglich und ausschließlich nachträglich geändert, so daß keine Bedenken wegen der Rechtskraft bestehen können [135]. Daher wird die Rechtsprechung auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtskraft eine Präklusion dieser Gestaltungsrechte nicht annehmen können.

---

134) BAG in AP Nr. 2 zu § 767 ZPO.
135) *Schuler*, NJW 1956, 1497 ff. (15oo).

b. SINN UND ZWECK DES § 767 ABS. 2 ZPO

Auch wenn man, wie die Rechtsprechung meint, den Sinn und Zweck des § 767 Abs. 2 ZPO ausschließlich darin sieht, die Zwangsvollstreckung vor Verzögerungen durch den Schuldner zu schützen, kann dieser Grund eine Präklusion der ordentlichen Kündigung und des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts nicht rechtfertigen.

Diesen Schutz will die Rechtsprechung dem Zwangsvollstreckungsgläubiger nur soweit gewähren, wie die Rechtskraft des Urteils, das der Vollstreckung zugrundeliegt, reicht. Sie sieht in § 767 Abs. 2 ZPO gerade eine Vorschrift, die über die Zwangsvollstreckung hinaus die Wirkung der Rechtskraft normiert [136]. Wenn aber, wie eben gezeigt, die Rechtskraft auch nach Ansicht der Rechtsprechung eine Präklusion dieser beiden Gestaltungsrechte nicht rechtfertigt, so kann es wegen des Zusammenhangs mit der Rechtskraft der nach der Rechtsprechung einzige Sinn und Zweck des § 767 Abs. 2 ZPO nicht erfordern.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß auch die Meinungen, die grundsätzlich auf die Gestaltungslage abstellen, für diese Gestaltungsrechte auf die Erklärung abstellen müssen. Diese Gestaltungsrechte sind also nach allen Meinungen nicht zu präkludieren.

---

136) RGZ 144, 222 = JW 1934, 197o f. (1971).

§ 6 ERGEBNISSE DER ARBEIT

Ziel dieser Arbeit war es zu untersuchen, ob der Schuldner bei der Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 Abs. 2 ZPO mit Gestaltungsrechten zu präkludieren ist, wenn die dem Gestaltungsrecht zugrundeliegende Gestaltungslage bereits vor dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens bestand, der Schuldner die Gestaltungserklärung aber erst nach diesem Zeitpunkt abgab.

Dabei hat die Arbeit folgendes ergeben:

Eine Auslegung des § 767 Abs. 2 ZPO unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der Gestaltungsrechte ist nicht möglich. Die Gestaltungsrechte sind zu unterschiedlich ausgebildet. Die einzige Gemeinsamkeit, die darin besteht, daß sie durch eine Willenserklärung des Berechtigten ausgeübt werden, reicht nicht aus, um zu einheitlichen und dabei interessengemäßen Ergebnissen zu kommen.

Für jedes einzelne Gestaltungsrecht ist daher gesondert zu prüfen, ob der Schuldner präkludiert ist oder nicht. Dabei kann die wörtliche Auslegung des § 767 Abs. 2 ZPO in keinem Fall zu einem Ergebnis führen. Vom Wortlaut her ist es ebenso möglich, als "Grund der Einwendung" die Gestaltungslage anzusehen als auch das durch Erklärung ausgeübte Gestaltungsrecht. Aus der systematischen Stellung des § 767 Abs. 2 ZPO ergibt sich, daß diese Vorschrift einen Ausgleich zwischen dem materiellen Recht und dem Prozeßrecht, das heißt hier den besonderen Anforderungen der Zwangsvollstreckung, erreichen will. Daraus folgt, daß in den Fällen, in denen der Zweck, die Vollstreckung eines Anspruchs vor Verzögerungen durch den Schuldner zu schützen, nicht eingreift, allein auf die materielle Lage abzustellen ist. Das ist bei der außerordentlichen Kündigung, der ordentlichen Kündigung und dem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht der Fall. Bei diesen Gestaltungsrechten ist also die Erklärung zu dem Grund der Einwendung zu zählen, so daß eine Präklusion

dieser Gestaltungsrechte im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage nicht stattfindet.

Bei der Aufrechnung, der Irrtumsanfechtung und der Anfechtung nach § 123 BGB ergab eine Untersuchung der geschichtlichen Entwicklung dieser Rechte, daß durch die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Regelungslücke entstanden ist. Vor Einführung des BGB war auch nach materiellem Recht allein die Gestaltungslage entscheidend, weil sie die Wirkungen des Rechtes bereits hervorrief. Daher konnte eine Diskrepanz zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht nicht auftreten. Durch das Bürgerliche Gesetzbuch wurde diese Rechtslage aber geändert, indem die materiellrechtliche Wirkung allein an die Erklärung des Berechtigten geknüpft wurde. Daher tauchte eine Diskrepanz zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht auf, die es bedingt hätte, den damaligen § 686 ZPO a.F. zu ändern. Diese Änderung hat der Gesetzgeber übersehen und statt dessen § 686 ZPO a.F. in § 767 ZPO wörtlich übernommen.

Diese Regelungslücke ist für die Aufrechnung durch eine analoge Anwendung des § 529 Abs. 5 ZPO zu schließen. Ein Vergleich der Wertung des Gesetzgebers in dieser Vorschrift mit der Interessenlage bei der Vollstreckungsgegenklage ergibt, daß beide Fälle eine hinreichende Ähnlichkeit aufweisen. Daher ist der Einwand der Aufrechnung im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage zulässig, wenn der Vollstreckungsgläubiger einwilligt oder das Gericht die Zulassung für sachdienlich erachtet.

Für die Anfechtungsrechte ist die Regelungslücke durch eine analoge Anwendung des § 529 Abs. 1 und 2 ZPO zu schließen. Der Einwand der Irrtumsanfechtung ist danach dann zulässig, wenn keine Prozeßverzögerung eintritt oder diese zwar eintritt, vom Schuldner aber weder in Prozeßverschleppungsabsicht noch aus grober Nachlässigkeit verursacht worden ist. Wegen der Frist des § 121 BGB wird das Merkmal der Prozeßverschleppungsabsicht keine eigene Bedeutung haben. Sie setzt Kenntnis vom Anfechtungsrecht voraus. Wenn der Schuld-

ner aber Kenntnis hat, so muß er die Anfechtung wegen § 121 BGB unverzüglich erklären. Unterläßt er dies, so hat er sein Anfechtungsrecht bereits nach materiellem Recht verloren.

Ähnlich ist das Ergebnis bei der Anfechtung nach § 123 BGB. Hier hat das Merkmal der Prozeßverschleppungsabsicht aber eine eigenständige Bedeutung, weil die Kenntnis vom Anfechtungsrecht nach § 124 BGB eine einjährige Erklärungsfrist in Gang setzt. Daher besteht hier die Möglichkeit, daß der Schuldner sein Anfechtungsrecht vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung kennt und er dieses trotzdem nicht bereits nach materiellem Recht verliert.

Für die Gestaltungsrechte der Wandlung und Minderung zeigt der geschichtliche Rückblick, daß bei diesen Rechten die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht zu einer Regelungslücke geführt hat. Auch nach dem BGB war das Wandlungs- und Minderungsrecht nicht als Gestaltungsrecht ausgebildet, so daß allein die Erklärung keine Rechtswirkungen hatte. Diese Wirkung wurde der Wandlung und Minderung aber durch die weitere Entwicklung in Rechtsprechung und Schrifttum zugebilligt, so daß nachträglich eine Regelungslücke entstanden ist. Diese Lücke ist wiederum durch eine analoge Anwendung des § 529 Abs. 1 und 2 ZPO zu schließen, wobei aber zu beachten ist, daß der Schuldner auch hier sein Recht nach § 477 BGB bereits aufgrund des materiellen Rechts verlieren kann.

L e b e n s l a u f

Am 3. September 1948 wurde ich als Sohn des Obersteuerrates Helmut Biester und seiner Ehefrau Else, geb. Schröder in Nordleda, Kreis Land Hadeln geboren. Von Ostern 1955 - Ostern 1959 besuchte ich die Volksschule in Ihlienworth und wechselte dann auf das Gymnasium in Otterndorf. Dort erlangte ich im Mai 1967 das Abitur.

Nach Schulabschluß leistete ich vom 3.7.1967 - 2o.12.1968 den Grundwehrdienst. Aufgrund zweier Wehrübungen wurde ich zum Leutnant der Reserve befördert.
Mit dem SS 1969 begann ich in Tübingen das Studium der Rechtswissenschaften. Zum WS 197o/71 ging ich für ein Semester an die Universität Genf und wechselte zum SS 1971 an die Westfälische-Wilhelms-Universität nach Münster.
Am 2o.1o.1973 bestand ich am Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung mit der Note vollbefriedigend.

Anschließend begann ich mit den Arbeiten an der Dissertation.
Am 9.8.1974 heiratete ich meine Ehefrau Ursula, geb. Peters.
Seit dem 1.2.1975 bin ich Rechtsreferendar bei dem Präsidenten des Oberlandesgerichtes in Oldenburg.